

Чижиков О.О.

Таврійський національний університет імені В.І. Вернадського

ВНУТРІШНЯ ОРГАНІЗАЦІЙНА ПРИРОДА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ВЧИНЮВАНИХ ПОСАДОВИМИ ОСОБАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ, КОТРИ ЗДІЙСНЮЮТЬ НОТАРІАЛЬНІ ДІЇ

У статті аргументується необхідність удосконалення кримінально- правового захисту нотаріальних відносин. Зважаючи на відсутність окремої спеціальної кримінально-правової норми в Кримінальному кодексі України, яка б передбачала відповідальність за вказані протиправні діяння у зв'язку з чим виникають певні різномислення. Сфера нотаріальних відносин є привабливою для створення незаконних документів та створення різного роду схем для заволодіння майном громадян.

У статті сфокусована увага на висновках, визначених під час вивчення судової практики щодо злочинної діяльності посадових осіб місцевого самоврядування під час здійснення ними нотаріальних функцій, а саме на суб'єктно орієнтований правозастосовний підхід. Органи досудового розслідування при розслідуванні, і суди під час розгляду справ про злочини, вчинені посадовими особами місцевого самоврядування, які здійснюють нотаріальні дії, орієнтуються під час здійснення кваліфікації кримінальних правопорушень на ознаку спеціального суб'єкта кримінального правопорушення, а саме – службову особу, посадову особу органів місцевого самоврядування. Наголошено, що кримінальні правопорушення, що вчинялися посадовими особами органів місцевого самоврядування не через те, що вони мали статус цих самих осіб, а саме через те, що вони, як такі посадові особи місцевого самоврядування, були наділені правом здійснювати певні нотаріальні дії. Тобто в цих випадках органічно поєдналися ці дві характеристики суб'єкта, проте рушійною обставиною, так би мовити криміноспонукальною ознакою тут необхідно вважати саме можливість здійснити нотаріальні дії.

Акцентовано увагу, що визначення пріоритетності в кримінально-правовій охороні того чи іншого об'єкту повинно серед інших критеріїв спиратися на ті фактори, які стають визначальними для суспільно небезпечної поведінки особи.

У статті виокремлено спонукальну ознаку для протиправної діяльності посадових осіб місцевого самоврядування, які здійснюють нотаріальні функції – це відповідні повноваження та законні можливості виконати певні нотаріальні дії. У положеннях статті обґрунтовано, що за своєю суттю не службове становище посадової особи місцевого самоврядування, а функціональне наповнення її діяльності створює організаційні можливості для можливих протиправних діянь. А визначальним фактором для суспільно небезпечної поведінки є не службове становище посадової особи місцевого самоврядування, а уповноваженість на вчинення нотаріальних дій. Виокремлення вказаної спонукальної ознаки як криміноутворюючої, було б логічним при подальшому розвитку кримінального законодавства в цій сфері. У якості висновків до цієї статті, а також задля вирішення вищенаведеної прогалини законодавчого врегулювання, запропоновано включення до проекту КК окремої статті в авторській редакції.

Ключові слова: зловживання службовим становищем, посадова особа органів місцевого самоврядування, кримінальна відповідальність, нотаріальні дії, спеціальний суб'єкт кримінального правопорушення, суб'єкти уповноважені на вчинення нотаріальних дій.

Постановка проблеми. Нотаріат є унікальним самоврядним органом цивільної юрисдикції, який має цікаву багату історію та вирізняється доволі закритою корпоративністю. Разом із тим, навіть із урахуванням цієї закритості, держава через визначені законодавством процедури має вплив на систему нотаріату, урегульовує процедурні

моменти, передбачає певні виключення та специфікації. Однією з них можна назвати наділення статтею 37 Закону України «Про нотаріат» посадових осіб органів місцевого самоврядування (у сільських населених пунктах) повноваженнями щодо вжиття заходів із охорони спадкового майна; посвідчення заповітів (крім секретних);

видачі дублікатів посвідчених ними документів; засвідчення вірності копій (фотокопій) документів і виписок із них; засвідчення справжності підпису на документах; видачі свідоцтва про право на спадщину [4].

Незважаючи на те, що в ідеалі посадові особи органів місцевого самоврядування зобов'язані сприяти громадянам, підприємствам, установам і організаціям у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права й обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду, окремі суб'єкти обирають протиправну активність у цій сфері. Причини та мотиви, що спонукають посадових осіб місцевого самоврядування, які здійснюють нотаріальні дії, вчиняти кримінальні правопорушення, можуть бути різними. Різняться й обставини, а часом – і наслідки таких діянь. Зважаючи на відсутність спеціальної кримінально-правової норми в Кримінальному кодексі України, яка б передбачала відповідальність за вказані протиправні діяння, виникають певні різотлумачення. Є випадки, коли органи досудового слідства й суди в схожих ситуаціях по-різному застосовують наявний кримінально-правовий інструментарій для кваліфікації, намагаючись використати ті норми закону, що не є спеціальними, а лише охоплюють більшість ознак вчиненого діяння.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Взагалі кримінально-правовому забезпеченню нотаріальної діяльності присвячувалися роботи О.В. Коротюк [1], І.П. Фріса [7], Ю.І. Шиндель [8], М.В. Саламатової [6], Р.О. Ніколенко [2], М.В. Рябенко [5] та інших учених-правників. Разом із тим, поточні реалії викликають потребу нового погляду на вказану проблематику.

Мета дослідження. Вищенаведені фактори зумовлюють актуальність аналізу внутрішньої організаційної природи кримінальних правопорушень, вчинюваних посадовими особами місцевого самоврядування, котрі здійснюють нотаріальні дії, із подальшою презентацією власного бачення подальшого розвитку кримінального законодавства щодо цього питання.

Виклад основного матеріалу. Проведене нами в межах свого дисертаційного дослідження вивчення судової практики щодо злочинної діяльності посадових осіб місцевого самоврядування під час здійснення ними нотаріальних функцій демонструє, так би мовити, суб'єктно орієнтований правозастосовний підхід. Тобто, і органи досудового розслідування при розслідуванні,

і суди під час розгляду справ про злочини, вчинені посадовими особами місцевого самоврядування, які здійснюють нотаріальні дії, орієнтуються під час здійснення кваліфікації кримінальних правопорушень на ознаку суб'єкта злочину, а саме – службову особу (у нашому випадку посадову особу) місцевого самоврядування. Виходячи з формулювання диспозиції ст. 365² КК України та її граматичного тлумачення при правозастосовуванні, це є цілком вірним підходом. Утім, ми під час свого наукового пошуку, на відміну від правозастосовних органів, маємо змогу більш детально вникнути в правову й організаційну природу окремих нотаріальних дій, які вчиняють саме посадові особи місцевого самоврядування.

Дійсно, ч. 1 ст. 365² КК України передбачає відповідальність за «зловживання своїми повноваженнями аудитором, *нотаріусом*, оцінювачем, уповноваженою особою або службовою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, *іншою особою, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування*, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), або державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, державним виконавцем, приватним виконавцем з метою отримання неправомірної вигоди, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб» (курсив наш – О.Ч.). Тобто, включивши до переліку можливих суб'єктів даного злочину «інших осіб», наголошуючи при цьому, що вони не повинні бути ні державними службовцями, ні посадовими особами місцевого самоврядування, законодавець свідомо вивів останніх за межі правового регулювання вказаної кримінально-правової норми навіть у тих випадках, коли вони здійснюють дії, притаманні не їхній основній професійній (службовій, посадовій) діяльності, а професійній діяльності саме можливих суб'єктів злочину, передбаченого ст. 365² КК України, у їхньому числі – й нотаріусам. Утім, чи правильно це? Повторимося – у контексті правозастосовування чинної редакції ст. 365² КК України вимушено правильно. Разом із тим, маємо наголосити, що злочини, про які йдеться в згаданих вище вироках, вчинялися посадовими особами місцевого самоврядування не через те, що вони

мали статус цих самих осіб, а саме через те, що вони, як такі посадові особи місцевого самоврядування, були наділені правом здійснювати певні нотаріальні дії. Тобто в цих випадках органічно поєдналися ці дві характеристики суб'єкта, проте рушійною обставиною, так би мовити криміноспонукальною ознакою тут необхідно вважати саме можливість здійснити нотаріальні дії. Якщо б посадова особа місцевого самоврядування здійснила їх, не будучи вповноваженою на це, тобто, виходячи за межі своїх службових обов'язків чи, правильніше сказати – посадових можливостей, то такі дії не мали б своїм наслідком настання певних юридичних фактів. Зважаючи на те, що в більшості випадків, досліджених судами, йшлося про незаконні реєстрації спадкових прав або права власності, здійснення цих дій не повноваженою на це особою було б швидко викрито вже на стадії отримання відповідних документів, які посвідчують право власності, або ж у результаті перевірки особою (тим самим спадкоємцем) відповідного права в відкритому (принаймні до введення правового режиму воєнного стану) реєстрі, наприклад, у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

У роботі, яка за часи свого існування стала класичною, В.Я. Тацій наголошував, що основним безпосереднім об'єктом злочину є ті суспільні відносини, які якнайперше й головним чином намагався поставити під охорону законодавець, приймаючи кримінальний закон. На наш погляд, визначення пріоритетності в кримінально-правовій охороні того чи іншого об'єкту повинно серед інших критеріїв спиратися на ті фактори, які стають визначальними для суспільно небезпечної поведінки особи.

Також вище ми виокремили спонукальну ознаку для протиправної діяльності посадових осіб місцевого самоврядування, які здійснюють нотаріальні функції – це відповідні повноваження та законні можливості виконати певні нотаріальні дії.

Тобто, за своєю суттю не службове становище посадової особи місцевого самоврядування, а функціональне наповнення її діяльності створює організаційні можливості для можливих протиправних діянь. А визначальним фактором для суспільно небезпечної поведінки є не службове становище посадової особи місцевого самоврядування, а вповноваженість на вчинення нотаріальних дій.

Наприклад, якщо б законом передбачалася можливість покладання нотаріальних функцій не на посадову особу місцевого самоврядування, а,

через певні процедури (наприклад, таємне головування мешканців певної місцевості), на будь-яку дієздатну особу (додатково можна було б передбачити віковий і освітній ценз та/або якість мінімальне навчання), то питання кваліфікації злочинів за статтями, суб'єктами яких є посадові особи місцевого самоврядування відпало б само собою. При цьому, спонукальна ознака (по суті – виділений В.Я. Тацієм визначальний фактор для суспільно небезпечної поведінки особи) у вигляді можливості здійснення нотаріальних функцій нікуди б не поділася, а навпаки – підтвердила б свій криміноутворюючий характер.

По суті ми виходимо на можливість здійснювати окремі нотаріальні дії за спеціальним повноваженням за аналогією зі службовими особами в світлі примітки до чинної ст. 364 КК України: «... особи, які постійно, тимчасово **чи за спеціальним повноваженням** (курсив наш – О.Ч.) здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування...». Більше того, самі посадові особи місцевого самоврядування вчиняють нотаріальні дії за спеціальним повноваженням, передбаченим у ст. 37 ЗУ «Про нотаріат» [4] і процедурно уточненим у Порядку вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядування [3].

Ураховуючи вищевикладене, вважаємо, що виокремлення вказаної спонукальної ознаки як криміноутворюючої, було б логічним при подальшому розвитку кримінального законодавства в цій сфері. До того ж, така логіка й зараз проглядається в статті 365² КК України. Із одного боку, прив'язуючи в диспозиції норми діяння у вигляді зловживання повноваженнями до конкретних суб'єктів – аудитора, нотаріуса, оцінювача, уповноваженої особи або службової особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб тощо, із іншого боку законодавець у самій назві статті наголошує, що тим фактором, який є вирішальним у визначенні суспільної небезпечності вказаних діянь, є особлива діяльність певних осіб – надання ними публічних послуг. Також даний підхід розвивається й у диспозиції, де ведеться мова про «іншу особу, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але **здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг**» (курсив наш – О.Ч.).

В актуальному тексті проекту КК України (станом на 23 жовтня 2023 року) найбільше для розміщення пропонованої нами норми підходить книга дев'ята «Кримінальні правопорушення

проти держави та національної безпеки України», а саме – розділ 9.5 «Кримінальні правопорушення проти добросовісності у публічній сфері». Наразі з шести статей, запропонованих у ньому авторами проекту, немає жодної, яка б могла охопити діяння, пов'язані з порушеннями в нотаріальній сфері. Так, наприклад, у проекті найбільш наближена до реалій чинного кримінального кодексу стаття 9.5.4. «Зловживання службовими повноваженнями чи пов'язаними з ними можливостями». І вона має такий вигляд:

«Публічна службова особа, яка вчинила зловживання службовими повноваженнями чи пов'язаними з ними можливостями, тобто:

1) незаконно користувалась майном, що перебуває в державній чи комунальній власності, або надала його в користування (оренду, лізинг) іншій особі,

2) використала бюджетні кошти не за їх цільовим призначенням,

3) незаконно одержала кредит, субсидію, субвенцію, дотацію, пільгу чи сприяла іншій особі в їх одержанні,

4) незаконно визначила ціну, за якою реалізовано товари, надано послуги чи виконано роботи,

5) незаконно звільнила себе чи іншу особу від обов'язкового платежу або зменшила його,

6) незаконно встановила або збільшила собі чи іншій особі надбавку, доплату, премію, іншу заохочувальну, компенсаційну чи гарантійну виплату,

7) придбала товар, роботу чи послугу до чи без проведення встановленої законом процедури або з її порушенням, або

8) здійснила оплату товару, роботи чи послуги до чи без проведення встановленої законом процедури або з її порушенням,

9) якщо відповідне діяння спричинило істотну майнову шкоду, – вчинила злочин I ступеня».

Хоча, на наш погляд, вказана норма викликає достатньо багато питань і щодо загальної структури, і до виокремлених форм об'єктивної сторони, а також щодо інших моментів, головне, що стосується досліджуваної нами тематики, вона взагалі не охоплює можливостями кримінально-правового захисту відносини в нотаріальній сфері.

Висновки. У якості висновків до цієї статті, а також задля вирішення вищезазначеної прогалини законодавчого врегулювання, вважаємо за необхідне запропонувати включення до проекту КК окремої статті в наступному формулюванні:

«Стаття 9.5. ... Зловживання повноваженнями при здійсненні нотаріальних дій.

Особа, яка умисно використала делеговані повноваження при вчиненні нотаріальних дій за відсутності передбачених законом підстав або за наявності підстав, які зобов'язують відмовити у вчиненні нотаріальної дії, або вчинила нотаріальну дію зумисним порушенням порядку її оформлення, – вчинила злочин...»

Що ж стосується актуального нині чинного кримінального кодексу, то до остаточного опрацювання нового КК України, із метою врегулювання питань відповідальності за діяння, які аналізуються, пропонуємо доповнити чинний Кримінальний кодекс України новою статтею 365⁴ наступного змісту:

«Стаття 365⁴. Зловживання повноваженнями при здійсненні нотаріальних дій.

1. Умисне використання своїх професійних або делегованих повноважень при вчиненні нотаріальних дій за відсутності передбачених законом підстав або за наявності підстав, які зобов'язують відмовити у вчиненні нотаріальної дії, або вчинення нотаріальної дії з умисним порушенням порядку їх оформлення – карається...»

Список літератури:

1. Коротюк О. В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: монографія. Київ : ОВК, 2015. 224 с.
2. Ніколенко Р. О. Кримінально-правова протидія зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Київ, 2018. 209 с.
3. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядування: Наказ Міністерства юстиції України від 11.11.2011 р. № 3306/5.
4. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#n430>.
5. Рябенко М. В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. К., 2016. 267 с.
6. Саламатова М. В. Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам у сфері нотаріальної діяльності : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Запоріжжя, 2015. 241 с.
7. Фріс І. П. Кримінально-правове забезпечення охорони нотаріальної діяльності в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2015. 231 с.

8. Шиндель Ю. І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Харків, 2014. 250 с.

Chyzykov O.O. INTERNAL ORGANISATIONAL NATURE OF CRIMINAL OFFENCES COMMITTED BY LOCAL SELF-GOVERNMENT OFFICIALS PERFORMING NOTARIAL ACTS

The article argues that there is a need to improve the criminal law protection of notarial relations. Given the absence of a separate special criminal law provision in the Criminal Code of Ukraine which would provide for liability for these unlawful acts, certain interpretations arise. The sphere of notarial relations is attractive for the creation of illegal documents and the creation of various schemes for seizing property of citizens.

The article focuses on the conclusions drawn from the study of judicial practice regarding criminal activities of local self-government officials in the course of their notarial functions, namely, the subject-oriented law enforcement approach. Pre-trial investigation bodies during the investigation and courts during the consideration of cases of crimes committed by local self-government officials performing notarial acts are guided by the characteristics of a special subject of a criminal offence, namely, an official, an official of local self-government bodies, when qualifying criminal offences. The author emphasises that criminal offences committed by local self-government officials were committed not because they had the status of such persons, but because they, as such local self-government officials, were entitled to perform certain notarial acts. In other words, in these cases, these two characteristics of the subject were organically combined, but the ability to perform notarial acts should be considered the driving circumstance, so to speak, the criminal motivation.

The author emphasises that determining the priority in criminal law protection of a particular object should, among other criteria, be based on the factors which become determinative for a person's socially dangerous behaviour.

The article highlights the motivating factor for illegal activities of local self-government officials performing notarial functions – the relevant powers and legal opportunities to perform certain notarial acts. The provisions of the article substantiate that it is not the official position of a local self-government official, but the functional content of his/her activities which creates organisational opportunities for possible illegal acts. And the determining factor for socially dangerous behaviour is not the official position of a local self-government official, but the authority to perform notarial acts. It would be logical to distinguish this motivating factor as a crime-forming one in the further development of criminal legislation in this area. As conclusions to this article, and to address the above legislative gap, the author proposes to include a separate article in the draft CC in the author's version.

Key words: *abuse of office, local self-government official, criminal liability, notarial acts, special subject of a criminal offence, subjects authorised to perform notarial acts.*