



Олексій ЗАЙЦЕВ, кандидат юридичних наук, директор Центру аналітичних досліджень з питань права та безпеки «ЮКОН», м. Харків,



Володимир МАРЧЕНКО, Голова секції нотаріусів, член правління Асоціації правників України

ний рівень злочинності в Україні, можна стверджувати, що кількість злочинів, котрі вчиняються нотаріусами, мізерна. Саме тому випадки притягнення нотаріуса до кримінальної відповідальності та визнання його винним привертають інтерес учених і нотаріусів. У цьому аспекті найбільш гострою є проблема визнання приватного нотаріуса суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності (ст. ст. 364–370 КК України). В юридичній науці цій проблемі приділяли увагу П. Андрушко, В. Баранкова, О. Дудоров, Н. Єгорова, Л. Гльковець, В. Комаров, О. Крючкова, Р. Максимович, А. Стрижевська та ін.

У науці цивільного процесу висловлено точку зору, що нотаріус (навіть приватний) є

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ НОТАРІУСА СУБ'ЄКТОМ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Алексей ЗАЙЦЕВ, Владимир МАРЧЕНКО
К ВОПРОСУ О ПРИЗНАНИИ НОТАРИУСА СУБЪЕКТОМ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ СЛУЖЕБНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

- Розглянуто спірне в науці кримінального права питання визнання нотаріуса суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності.
Ключові слова: службова особа, представник влади; організаційно-розпорядчі обов'язки; адміністративно-господарські обов'язки.
- Рассмотрен спорный в науке уголовного права вопрос признания нотариуса субъектом преступлений в сфере служебной деятельности.
Ключевые слова: должностное лицо; представитель власти; организационно-распорядительные обязанности; административно-хозяйственные обязанности.

Одним із показників, що впливає на ділову репутацію нотаріусів, є кількість порушених кримінальних справ щодо державних та приватних нотаріусів. Як свідчать статистичні дані, 2007 року порушено 8 (у 2006 — 8, у 2005 — 10) кримінальних справ щодо нотаріусів України [8, 17–18].

Враховуючи загальний рівень злочинності в Україні, можна стверджувати, що кількість злочинів, котрі вчиняються нотаріусами, мізерна. Саме тому випадки притягнення нотаріуса до кримінальної відповідальності та визнання його винним привертають інтерес учених і нотаріусів. У цьому аспекті найбільш гострою є проблема визнання приватного нотаріуса суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності (ст. ст. 364–370 КК України). В юридичній науці цій проблемі приділяли увагу П. Андрушко, В. Баранкова, О. Дудоров, Н. Єгорова, Л. Гльковець, В. Комаров, О. Крючкова, Р. Максимович, А. Стрижевська та ін.

У науці цивільного процесу висловлено точку зору, що нотаріус (навіть приватний) є

посадовою особою, діяльність якої забезпечує належний правовий контроль у сфері цивільного обігу. В. В. Комаров та В. В. Баранкова вважають, що приватний нотаріус володіє державно-владним характером, зачіпає найбільш важливі права та законні інтереси громадян та організації. Ці науковці вважають, що в діяльності нотаріуса особливо важливими є два аспекти: з одного боку, він здійснює свою діяльність від імені держави, яка делегує нотаріусу спеціальні повноваження і наділяє його низкою прав та обов'язків; з іншого — нотаріус не отримує заробітної плати з бюджету, не перебуває у штаті державного апарату і організує свою діяльність самостійно: орендує або придбаває приміщення, обладнання нотаріальної контори, наймає працівників та оплачує їхню працю тощо. Таким чином, нотаріус має унікальний дуалістичний статус, який обумовлює необхідність віднесення його до посадових осіб незалежно від того, що він не перебуває на державній службі і не входить до штату державного апарату. Ця виключність його правового становища проявляється в тому, що нотаріус виконує функції державної влади [10, 62].

Безумовно, можна погодитися з позицією наведених авторів щодо особливості статусу нотаріуса в цивільному процесі, однак для визнання його суб'єктом службових злочинів

необхідні ознаки службової особи, наведені в п. 1 примітки до ст. 364 КК України, згідно з якою до службових належать особи, які постійно або тимчасово здійснюють функції: а) представників влади чи обіймають на підприємствах, в установах або організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням б) організаційно-розпорядчих обов'язків; в) адміністративно-господарських обов'язків; г) виконують зазначені обов'язки за спеціальним повноваженням.

Тлумачення вказаних ознак службової особи надав Пленум Верховного Суду України у своїй постанові № 5 від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво». Відповідно до п. 1 вказаної постанови до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції висувати вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості.

Організаційно-розпорядчі обов'язки — це обов'язки по здійсненню керівництва галузю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідуючі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробі, бригадири тощо).

Адміністративно-господарські обов'язки — це обов'язки по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо.

Деякі криміналісти визнають нотаріуса службовою особою за тими підставами, що він

виконує юридично значущі дії. Так, О. Дудоров зазначає: «діяльність нотаріуса (як державного, так і приватного) пов'язана з реалізацією повноважень на вчинення юридично значущих дій, здатних породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, з видачею документів, які надають права або звільняють від обов'язків. Тобто врешті-решт діяльність нотаріуса носить організаційно-розпорядчий характер, а тому він є службовою особою в кримінально-правовому значенні цього поняття» [5, 662].

А. А. Стрижевська в науково-практичному коментарі до Кримінального кодексу України під редакцією М. О. Потебенька та В. Г. Гончаренка стверджувала, що службовими особами слід визнавати також осіб, які при здійсненні професійних обов'язків вчинюють юридично значущі дії, зокрема, приватних нотаріусів (при посвідченні угод, заповітів тощо) [14, 733–734].

Л. Ільковець та О. Крючкова вважають, що «державна делегувала приватному нотаріусу свої повноваження на вчинення юридично значущих дій у певному обсязі. Тому в кожному випадку виявлення ознак зловживання приватним нотаріусом при вчиненні нотаріальних дій, тобто при прийнятті рішень, обов'язкових для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості, має йти про відповідальність приватного нотаріуса як службової особи за вчинення злочину у сфері службової діяльності. Приватний нотаріус може бути визнаний службовою особою лише щодо вчинення ним певних нотаріальних дій» [7, 66]. Однак конкретні нотаріальні дії, при вчиненні яких нотаріус може бути визнаний службовою особою, вказані автори не наводять.

На думку Н. Сгорової, приватного нотаріуса, виходячи з характеру і юридичної значущості його дій, слід вважати представником влади та віднести до категорії недержавних службовців [6, 11].

Вважаємо, що не можна погодитись із наведеними вище аргументами по обґрунтуванню позиції щодо визнання службовими особами нотаріусів за ознакою вчинення ними юридично значущих дій. Такими діями є будь-які дії, які породжують певні правові наслідки. Наведена позиція, як слушно наголошують П. П. Андрушко та А. А. Стрижевська, є відтворенням точки зору вчених, які за часів існування СРСР вважа-

ли, що крім зазначених у законі трьох категорій посадових осіб є ще одна їх категорія — особи, що вчинюють дії, які тягнуть за собою правові наслідки [2, 181].

Такий підхід до визначення кола осіб, які можуть визнаватися службовими, є нічим іншим, як поширювальним тлумаченням закону, і не є новим у теорії кримінального права та судовій практиці. Зокрема, А. В. Галахова писала, що до визнання окремих осіб представниками влади як можливими суб'єктами службових злочинів необхідно підходити диференційовано, залежно від здійснення ними функцій влади і права віддавати розпорядження чи вчинювати дії, які мають юридичне значення, а тому рядові працівники органів державної влади чи державного управління, здійснюючи функції влади, у взаємовідносинах з окремими громадянами є службовими особами, оскільки вони наділені правом віддавати розпорядження чи вчинювати дії, що мають юридичне значення [4, 58].

Зазначимо, що вказаний підхід урахував законодавець Республіки Беларусь при визначенні посадової особи як суб'єкта злочинів проти інтересів служби (Глава 35 КК Беларусь). Зокрема у п. 3 п. 4 ст. 4 «Роз'яснення окремих термінів Кримінального кодексу» зазначається, що під посадовими особами розуміються «особи, ...уповноважені у встановленому порядку на вчинення юридично значущих дій [18, 10]. Однак, підкреслимо, що КК України подібні положення не містить, тому й за вказаними підставами визнати нотаріуса службовою особою неможливо.

Як звертають увагу П. П. Андрушко та А. А. Стрижевська, у науці кримінального права висловлювались компромісні погляди щодо проблеми визнання тих чи інших категорій осіб службовими [16, 87–134]. Зокрема, П. С. Матишевський писав, що до службових осіб не відносяться рядові працівники, які виконують суто виробничі та матеріально-технічні операції, адвокати, лікарі, вчені, педагоги, вихователі дитячих закладів при виконанні ними суто професійної діяльності. Проте, на його думку, якщо обсяг прав та обов'язків таких осіб свідчить про те, що їх повноваження носять організаційно-розпорядчий характер (наприклад, лікар видає листок тимчасової непрацездатності чи дає висновок з приводу встановлення інвалідності;

викладач приймає іспити), то вони виступають як службові особи [19, 592–593]. Таку ж позицію П. С. Матишевський обстоював і в усіх шести останніх виданнях Науково-практичного коментаря до Кримінального кодексу України 1960 р. [12, 704] та в чотирьох виданнях Науково-практичного коментаря до чинного КК України [13, 724–725].

Аналогічну точку зору відстоюють і обгрунтовують А. В. Савченко, В. В. Кузнецов та О. Ф. Штанько, які пишуть, що не є суб'єктами службових злочинів ті працівники підприємств, установ і організацій, котрі виконують суто професійні функції або технічні обов'язки, але «якщо поряд із такими обов'язками ці працівники виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки, вони визнаються службовими особами (наприклад, лікар, який зловживає своїми обов'язками при видачі листків непрацездатності, чи викладач, який ставить позитивні оцінки на екзамені за незаконау винагороду, вчиняють юридично значущі дії, здатні викликати, змінювати або припиняти правовідносини, що дає змогу визнати ці дії організаційно-розпорядчими чи адміністративно-господарськими, а осіб, які їх вчиняють, — службовими» [17, 535].

Цю позицію сприйняв Пленум Верховного Суду України у своїй постанові «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. № 5. У п. 1 постанови зазначається, що працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (водій) або технічні (друкарка, охоронник тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами лише за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

У цьому випадку необхідно розрізняти службу діяльність окремих категорій службовців, пов'язану з виконанням їх організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, від професійної діяльності цих же службовців, коли останні не виконують указані обов'язки і, відповідно, не є службовими особами.

Важливим є встановлення, які саме організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки можуть виконувати нотаріуси

у їх розумінні та визначенні їх змісту Пленумом Верховного Суду України, котре наводиться у п. 1 його постанови від 26 квітня 2002 р. № 5.

На думку Р. Максимовича, нотаріуса можна визнати службовою особою у разі, якщо він виконує організаційно-розпорядчі обов'язки, скажімо, коли він відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону України «Про нотаріат» є завідувачем і очолює державну нотаріальну контору, здійснюючи керівництво підпорядкованими йому працівниками, а також за ознакою виконання адміністративно-господарських обов'язків при здійсненні функцій податкового агента відповідно до п. 11.3 ст. 11 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», а саме при нарахуванні податку при здійсненні операцій з відчуження об'єктів нерухомого майна, тобто полягають в управлінні чужим для нього майном [11, 162-163].

Віднесення завідувача державної нотаріальної контори до службових осіб зауважень не викликає і є цілком аргументованим. Однак стосовно аргументу Р. Максимовича щодо виконання нотаріусом адміністративно-господарських обов'язків при здійсненні функцій податкового агента відповідно до п. 11.3 ст. 11 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» є сумніви.

Згідно з п. 11.3. ст. 11 Закону, податковим агентом при нарахуванні доходів (прибутків) з операцій з продажу об'єктів нерухомого майна є нотаріус, який:

- а) посвідчує відповідний договір за наявності оціночної вартості такого нерухомого майна;
- б) надає послуги із здійснення зазначених у цій статті розрахунків.

Більше ніяких функцій у нотаріуса згідно Закону немає. Таким чином, функція нарахування доходу (прибутку), при виконанні якої, згідно з п. 11.3. ст. 11 Закону нотаріус є податковим агентом, не відповідає функціям, визначеним для податкових агентів в п. 1.15. ст. 1 Закону

При цьому, сума нарахованого податку (що є вже іншою функцією, не передбаченою абз. 1 п. 11.3. Закону) самостійно сплачується сторонами угоди, попередньо її нотаріальному посвідченню, або утримується податковим агентом, який сплачує (перераховує) її до бюджету у строки сплати за процедурою, встановленими законодавством для утримання та сплати (перерахування) державного мита [9].

Таким чином, виходячи з положень п. 11.3 ст. 11 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», котра містить критерії, а саме конкретні дії, при виконанні яких нотаріус визнається податковим агентом, очевидним є те, що нотаріус не виконує адміністративно-господарських обов'язків в розумінні п. 1 примітки до ст. 364 КК України, зокрема управління чужим для нього майном.

До осіб, котрі виконують організаційно-розпорядчі обов'язки, О. Я. Светлов відносив тих, хто керує роботою інших людей або займається організацією їх роботи. Тому будь-який працівник, котрий має у підпорядкуванні інших осіб, виконує організаційно-розпорядчі функції та є службовою особою [16, 101]. Таку ж позицію займає О. Ф. Бантишев та В. І. Рибачук вказуючи, що працівник будь-якого підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, що має на підставі штатного розкладу в своєму підпорядкуванні інших осіб і виконує організаційно-розпорядчі функції, є посадовою особою [3, 9].

Закон України «Про нотаріат» прямо і опосередковано визначає декілька категорій осіб, котрі можуть працювати з приватним нотаріусом: 1) стажист нотаріуса (ст. 13 Закону), 2) працівники, котрі перебувають у трудових відносинах з приватним нотаріусом (ст. 9 Закону).

У даному випадку нотаріус здійснює керівництво найманими працівниками, але чи можна за цією ознакою визнати її службовою особою?

Деякі нотаріуси вважають, що саме наявність помічника, прийнятого на роботу за трудовим договором створює підстави для визнання нотаріуса службовою особою. Ця обставина іноді стає вирішальною при прийнятті помічника на інших підставах, наприклад, наймання працівника через юридичну особу або співробітництво із фізичною особою-підприємцем. Фактично у даному випадку нотаріус виконує певні організаційно-розпорядчі функції, однак видається недостатнім визнання його службовою особою при керуванні роботою помічника. Наявність найманого працівника взагалі не змінює характеру роботи нотаріуса.

Слід зазначити, що серед науковців тільки П. П. Андрушко та А. А. Стрижевська доводять неправомірність визнання приватного нотаріуса

службою особою та відповідно суб'єктом службових злочинів. Публікації цих авторів свідчать про ґрунтовне вивчення цього питання і вказаний висновок вони окрім наукових статей [1] докладно навели у навчальному посібнику «Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика» [2]. До положень цієї праці доведеться неодноразово звернутися, щоб пояснити однозначність висновку вказаних авторів.

Із вищевикладеного можна зробити висновок, що проблема вирішення питання віднесення приватних нотаріусів до кола суб'єктів службових злочинів пов'язана із різним тлумаченням понять, що вжиті законодавцем у п. 1 примітки до ст. 364 КК України, зокрема, «виконання організаційно-розпорядчих обов'язків за спеціальним повноваженням» та «виконання адміністративно-господарських обов'язків за спеціальним повноваженням». Крім того, по-різному вирішуються питання про те, чи можливе виконання функцій представника влади за спеціальним повноваженням.

Пленум Верховного Суду України у постанові «Про судову практику в справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. № 5 роз'яснює, що особа є службовою не тільки тоді, коли вона виконує відповідні функції чи обов'язки постійно, а й тоді, коли вона їх виконує тимчасово або за спеціальним повноваженням за умов, що ці обов'язки чи повноваження покладені на неї у встановленому законом порядку правомочним органом або службовою особою. Однак, як звертає увагу П. П. Андрушко та А. А. Стрижевська, у постанові не йдеться про можливість покладання на особу виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків (функцій) безпосередньо законом, а тому приватні нотаріуси, які вчинюють на підставі закону (уповноважені законом) дії, які за своїми об'єктивними ознаками (за змістом) співпадають з діями, які вчинюються службовими особами, визнаватися службовими не можуть [2, 203].

Результати вивчення процесуальних документів кримінальних справ, порушених щодо приватних нотаріусів за ст. 364, 366, 367 КК України, свідчать, що органи досудового слідства, порушуючи кримінальну справу, вказують на статус приватного нотаріуса як службової особи. Наводяться положення,

що він виконує свої обов'язки за спеціальним повноваженням — на підставі свідцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю. Підкреслюється, що відповідно до Закону України «Про нотаріат» та «Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», нотаріус зобов'язаний посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, сприяти громадянам у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду, а також будучи зобов'язаним відмовити у вчиненні нотаріальної дії в разі її невідповідності законодавству України.

Цікавим є те, що в процесуальних документах, котрі мають правове значення, зокрема, закриття справи або відмова у порушенні кримінальної справи у зв'язку з відсутністю ознак суб'єкта злочину наведені вище обставини, які є підставою для аргументації належності нотаріуса до кола службових осіб, в цих документах трактується для того, щоб навести хибність цього ж положення. Звертається увага, що приватні нотаріуси не перебувають у трудових відносинах з державними, приватними і громадськими підприємствами та організаціями, а здійснюють незалежну професійну діяльність і є самозайнятою особою.

Додатково вказується, що немає підстав вважати приватного нотаріуса представником влади, оскільки, він не є працівником державного органу чи його апарату, не діє від імені такого органу та не виконує функції державного органу.

Відповідно, дії нотаріуса не посягають на об'єкт службових злочинів, яким згідно із рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Гулеватого Олександра Івановича про офіційне тлумачення частини другої статті 164 Кримінального кодексу України 1960 року (справа про службових осіб підприємств, установ та організацій) від 30 жовтня 2003 року N 18-рп/2003, визнається нормальна діяльність державного і громадського апаратів, а також апаратів управління підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності, на підставі якої вони створені та функціонують.

Службові злочини (за винятком давання хабара) пов'язані зі службовою діяльністю службових осіб, порушеннями ними функціональних обов'язків. Діяння, що становлять їх об'єктивну сторону, завжди вчиняються всупереч інтересам служби, тобто є незаконними і такими, що суперечать цілям і завданням, заради яких функціонує апарат управління відповідних органів, підприємств, установ та організацій і для виконання яких службові особи цих апаратів наділяються певними повноваженнями.

Додатково висновок про невизнання нотаріуса службовою особою підтверджується й тим, що кримінальну відповідальність приватного нотаріуса за підроблення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, використання підроблених документів настає за злочин, передбачений ст. 358 КК України, що не є службовим злочиним. Коли такі дії скоює службова особа, то вона несе відповідальність за службовий злочин, передбачений ст. 366 КК України.

Обов'язки приватного нотаріуса, регламентовані ст. 5 Закону України «Про нотаріат», ніяк не пов'язані із виконанням функцій щодо здійснення керівництва якоюсь певною ділянкою роботи, у нього в підпорядкуванні немає працівників, керівництво виробничою діяльністю яких він би здійснював. Крім того, на нотаріуса не покладені обов'язки щодо виконання функцій з управління або розпорядження державним, комунальним чи приватним майном, що є обов'язковою підставою визнання особи службовою.

Віднесення нотаріуса до кола представників влади не відповідає вимогам п.1 прим. До ст. 364 КК України. Для представників влади характерним є прийняття рішень обов'язкових для фізичних та юридичних осіб. Відповідно ж до законодавства України нотаріус не приймає жодного рішення, котре відповідає критеріям обов'язковості його виконання. Згідно із ч.1 ст.1 Закону України «Про нотаріат» під нотаріатом розуміється система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності.

Слід звернути увагу, що логіко-граматичне тлумачення вживаних словосполучень у Законі «Про нотаріат» (формульовань) «нотаріус та (чи, або) інша посадова особа, яка вчиняє нотаріальні

дії» свідчить про те, що, формально, у статтях Закону України «Про нотаріат» як родове поняття для позначення осіб, які вчиняють нотаріальні дії, вживається поняття «посадова особа, яка вчиняє нотаріальні дії», а нотаріуси розглядаються як один із видів таких посадових осіб, оскільки між словами «нотаріуси та «посадова особа, яка вчиняє нотаріальні дії» вжито слова «та (чи, або) інша». Проте навіть визнання нотаріуса посадовою особою у розумінні ст.2 Закону України «Про державну службу» ще не дає підстав визнавати їх службовими особами відповідно до п.1 примітки до ст. 364 КК України.

До того ж посадові особи, які виконують нотаріальні дії, за відсутності у межах нотаріального округу нотаріусів, є службовими особами і без виконання повноважень нотаріуса.

Нотаріус (як приватний, так і державний) не виконує організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків ні постійно, ні тимчасово, ні за спеціальним повноваженням відповідно до наведеного розуміння змісту таких обов'язків Пленумом Верховного Суду України. Крім того, приватний нотаріус не обіймає ні постійно, ні тимчасово жодної посади на будь-яких підприємствах, в установах, організаціях, пов'язаної із керівництвом діяльністю інших осіб чи розпорядженням матеріальними цінностями таких підприємств, установ чи організацій, як і не обіймає постійно чи тимчасово жодної посади у державних органах. Фактично правовий статус приватного нотаріуса такий же, як і фізичної особи — підприємця.

Щодо фізичної особи — підприємця Пленум Верховного Суду України висловив свою позицію у своїй постанові від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів», в якій у п. 5 зазначив, що «підприємець — фізична особа, який зареєстрований відповідно до закону і здійснює господарську діяльність, **не може визнаватися таким, що виконує** постійно, тимчасово або за спеціальним повноваженням **обов'язки** (організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські) **службової особи»** [15].

Цікавою у аспекті, що підданий аналізу є матеріали судової практики, зокрема кримінальної справи щодо приватного нотаріуса Рівненського міського та районного нотаріального округу К.

25 липня 2005 року прокуратурою м. Рівне порушена кримінальна справа щодо К. за ознаками злочину, передбаченого ч.2 ст.367 КК України.

12 вересня 2005р. слідчим винесено постанову про перекаліфікацію кримінальної справи, порушеної по факту службової недбалості, за ознаками злочину, передбаченого ч.2 ст.367 КК України, на ч.2 ст.364 КК, по факту зловживання службовою особою своїм службовим становищем та 20 вересня 2005 року К. пред'явлено обвинувачення у вчиненні злочинів, передбачених ч.2 ст.364, ч.2 ст.366 КК України.

За двома запитами К. та постановою судді Рівненського міського суду Рівненської області у судовій справі проведено три науково-правові експертизи щодо неправомірності визнання приватного нотаріуса спеціальним суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності. Висновки цих експертиз, зокрема Ради науково-правових експертиз при Інституті держави і права ім. В. М. Корещього від 31 жовтня 2005 року та Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України від 9 листопада 2005 року та від 6 липня 2006 року однозначні: приватний нотаріус під час зайняття професійною діяльністю не є службовою особою — суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності, які передбачені розділом XVII Кримінального кодексу України, зокрема статтями 364-367 КК України.

З урахуванням висновку науково-правової експертизи № 224 від 06 липня 2006 року, проведеної Науково-дослідним інститутом інтелектуальної власності Академії правових наук України, державний обвинувач по справі 25 січня 2007р. змінив обвинувачення у зв'язку з відсутністю складу злочинів, передбачених ст.364 ч.2, ст.366 ч.2 КК України на склад злочину, передбаченого ч.2 ст.358 КК України.

У подальшому суд виправдав К. та закryw провадження за відсутністю складу злочину. Вирок міського суду залишено без змін колегією суддів судової палати в кримінальних справах апеляційного суду Рівненської області та колегією суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України.

Уявляється доцільним навести аргументи експерта, котрі покладені в основу висновку. Закон України «Про нотаріат» жодною нормою не наділяє приватного нотаріуса при вчиненні

нотаріальної дії організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими обов'язками; не визнає нотаріуса як представника ані законодавчої або виконавчої влади, ані судової влади; забороняє нотаріусу перебувати в штаті інших державних, приватних та громадських підприємств і організацій, займатися підприємницькою і посередницькою діяльністю, а також виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової та викладацької, та лише у вільний від роботи час.

Приватному нотаріусу ж в свою чергу повноваження надаються безпосередньо Законом і ніякі інші дії щодо нотаріального провадження, окрім зазначених в Законі нотаріус не має права здійснювати. Саме тому в розумінні Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» приватна нотаріальна діяльність визначається як незалежна професійна діяльність.

Відносини приватного нотаріуса з особами, які звернулися до нотаріуса за вчиненням нотаріальної дії, з приводу оплати нотаріальних послуг, існують на підставі договору у диспозитивному правовому регулюванні.

Специфіка правового статусу нотаріуса та його професійні обов'язки визначають роль нотаріуса як суб'єкта що є незалежним від державного апарату та виконує функції охорони та захисту прав фізичних та юридичних осіб щодо встановлення, зміни та припинення цивільних прав та обов'язків відносно яких закон визначив нотаріальну форму реалізації цього права.

Незалежність захисту та охорони і забезпечується у нормативному порядку положенням законодавства про те, що нотаріус здійснює виключно професійні обов'язки і таким чином у своїй діяльності не може бути залежним ані у владно-імперативному сенсі, ані у договірному від будь-якої особи; на відміну від службової особи в розумінні ст.364 КК України, якій така залежність притаманна.

Зрозуміло, що висновки вказаних експертиз є позицією лише деяких вчених та доктринальним тлумаченням поняття «службова особа».

У результаті слід визнати, що п. 1 примітки до ст. 364 КК України, роз'яснення Пленуму Верховного суду України та наявні судові прецеденти із питань службових злочинів, а також зміст функцій і обов'язків службової особи, виконання яких є підставою для визнання тих чи інших категорій осіб службовими, не дають достатніх

підстав для однозначного визнання нотаріусів службовими особами. Слід погодитися, що неоднозначне наукове тлумачення цього поняття щодо нотаріусів та неоднорідна правозастосовча практика є достатнім аргументом для більш детального тлумачення ознак службової особи Пленумом Верховного суду України або при додатковій аргументації виділення окремого складу злочину щодо зловживань повноваженнями нотаріусами.

На завершення додамо, що у даному аспекти вдалим слід визнати підхід, застосо-

ваний законодавцем Російської Федерації, Кримінальний кодекс якої містить ст. 202 «Зловживання повноваженнями приватними нотаріусами або аудиторями». Ця стаття розміщена у Главі 23 Особливої частини «Злочини проти інтересів служби у комерційних та інших організаціях», службові ж злочини регламентує Глава 30. Таким чином, ані у науковців, ані у практичних працівників не виникає сумнівів щодо невизнання нотаріусів службовою особою.

Список використаних джерел

- 1 Андрушко П. П., Стрижевська А. А. Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 Кримінального кодексу України): кримінально-правова характеристика// Вісник Верховного суду України. — 2005. — № 2 (54). — С. 26–35.
- 2 Андрушко П. П., Стрижевська А. А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика. Навчальний посібник. — К.: «Юрисконсульт», 2006. — 342 с.
- 3 Бантишев О. Ф., Рибачук В. І. Відповідальність за злочини у сфері службової діяльності: Питання кваліфікації злочинів, передбачених розділом XVII Кримінального кодексу України: Навч. посібник. — К.: «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — 116 с.
- 4 Галахова А. В. Превышение власти или служебных полномочий. Вопросы уголовно-правовой квалификации. — М.: «Юридическая литература», 1978. — 96 с.
- 5 Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. — К.: Юридична практика, 2003. — 924 с.
- 6 Егорова Н. Субъект преступлений против интересов службы// Законность. — 1998. — № 4. — С. 8–12.
- 7 Льковець Л., Крючкова О. Спеціальний суб'єкт злочину у сфері службової діяльності// Вісник прокуратури. — 2003. — № 7. — С. 63–67.
- 8 Інформаційно-аналітичні матеріали щодо сучасного стану нотаріату в Україні. — К.: Міністерство юстиції України, 2008. — 23 с.
- 9 Калинюк О. Нотаріус не податковий агент з нарахування, утримання та сплати податку з доходів фізичних осіб// МЕН. — 2005. — № 2. — С. 7
- 10 Комаров В., Баранкова В. Законодавство про нотаріат: очікувані зміни// Право України. — 2003. — № 11. — С. 60–64.
- 11 Максимович Р. Чи є нотаріус службовою особою?// Підприємництво, господарство і право. — 2005. — С. 160–163.
- 12 Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України/ Відп. ред.: В. Ф. Бойко та інші. — 6-те вид., допов. — К.: «А. С. К.», 2000. — 1120 с.
- 13 Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. — 4-те вид., перероб. та доп./ Відп. ред. С. С. Яценко. — К.: «А. С. К.», 2005.
- 14 Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України/ Під заг. ред. Потебенька М. О., Гончаренка В. Г. — К.: «Форум», 2001. — У 2-х ч. — Особлива частина. — 942 с.
- 15 Постанова Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів»// Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 11. — С. 8–13
- 16 Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления. — Киев: «Наукова думка», 1978. — 304 с.
- 17 Сучасне кримінальне право України: Курс лекцій/ А. В. Савченко, В. В. Кузнецов, О. Ф. Штанько. — К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2005.
- 18 Уголовный кодекс Республики Беларусь. — 2-е изд., доп. — Мн.: Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, 2001. — 230 с.
- 19 Уголовный кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий — К.: Политиздат Украины, 1987. — 879 с. ⚡