

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ;
КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО**

УДК 34.343.22
DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2022.1.23>

ОЛІЙНИК О.С.

**СПЕЦІАЛЬНИЙ СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ: ТЕОРЕТИЧНИЙ
ТА ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТИ**

**SPECIAL SUBJECT OF A CRIME: THEORETICAL
AND PRACTICAL ASPECTS**

Статтю присвячено питанням визначення спеціального суб'єкта кримінального правопорушення (злочину), його ознак, а також висвітленню практичного аспекту поставленого питання. Так, сучасне розуміння кримінального правопорушення (злочину) безпосередньо залежить від його ознак, з-поміж яких чільне місце належить саме суб'єкту злочину. Адже кримінальним правопорушенням можна визнавати лише діяння, яке вчиняє фізична осудна особа, що досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Ознаки ж спеціального суб'єкта визначені положеннями ч. 3 ст. 18 КК України й вони стосуються повноважень, функцій, якими особа наділяється повноважними органами управління, органами місцевого самоуправління тощо. Водночас, не будь-яка службова особа може стати суб'єктом (тобто виконавцем) службових злочинів, а лише та, яка постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснює функції представників місцевого самоврядування, а також обіймає постійно чи тимчасово в ОМС посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій (обов'язків). Суб'єкт злочину тісно пов'язаний з багатьма нормами й інститутами не лише кримінального права, а й інших галузей права. Фундаментальність цієї кримінально-правової категорії підтверджує нагальність потреби в приведенні кримінально-правових положень про суб'єкт злочину у відповідність до запитів теорії кримінального права та практики застосування його норм на сучасному етапі з огляду на сучасні тенденції трансформації кримінального законодавства. Кримінально-правовий аналіз інституту суб'єкта злочину орієнтується загалом на текст КК України, який формалізує всі його ознаки. Водночас, поза увагою залишаються практичні аспекти порушеного питання, що перетворюють формалізовану модель суб'єкта злочину (зокрема, спеціального) на дійсного учасника суспільних відносин, які охороняються вітчизняним законодавством.

Ключові слова: *суб'єкт кримінального правопорушення (злочину), спеціальний суб'єкт, ознаки спеціального суб'єкта злочину, судова практика.*

The article is devoted to the definition of a special subject of a criminal offense (crime), its features, as well as coverage of the practical aspect of the issue. Thus, the modern understanding of a criminal offense (crime) directly depends on its features, among which the prominent place belongs to the subject of the crime. After all, only an act committed by a physically sane person who has reached the age of criminal

responsibility can be recognized as a criminal offense. The signs of a special subject are defined by the provisions of Part 3 of Art. 18 of the Criminal Code of Ukraine and they relate to the powers, functions that a person is endowed with authorized management bodies, local governments, etc. At the same time, not every official can become a subject (ie perpetrator) of official crimes, but only one who permanently, temporarily or by special authority performs the functions of representatives of local self-government, as well as permanently or temporarily holds positions in local self-government, related to the performance of organizational and administrative or administrative and economic functions (duties). The subject of the crime is closely connected with many norms and institutions not only of criminal law, but also of other branches of law. The fundamental nature of this criminal law category confirms the urgent need to bring criminal law provisions on the subject of the crime in line with the requirements of the theory of criminal law and the practice of applying its rules at the present stage given the current trends in criminal law. The criminal-legal analysis of the institution of the subject of the crime is focused on the text of the Criminal Code of Ukraine, which formalizes all its features. At the same time, the practical aspects of the issue are ignored, which transform the formalized model of the subject of the crime (in particular, the special one) into a real participant in public relations, which are protected by domestic law.

Key words: *subject of criminal offense (crime), special subject, signs of special subject of crime, ship practice.*

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [1]. Ці положення Конституції поширюються на всіх без винятку службових осіб, незалежно від того, чи є вони представниками законодавчої, виконавчої або судової влади, виконують свої службові обов'язки у державному апараті, в органах місцевого самоврядування або на окремих підприємствах, в установах та організаціях. Не має також значення службове становище особи (звання, ранг, чин, кваліфікаційний клас), відомча чи галузева належність органу, сфера його діяльності, характер та обсяг повноважень або форма власності, на підставі якої створені та функціонують підприємства, установи і організації. Виконання службовими особами своїх службових обов'язків на підставі, в межах і в порядку, передбачених Конституцією, законами та іншими нормативними актами, забезпечує нормальну діяльність державного апарату, а також апарату управління підприємств, установ і організацій.

З одного боку, визначення суб'єкта кримінального правопорушення (злочину), яке надається законом про кримінальну відповідальність та ознаки достатньо детально виписано в КК України, водночас, як свідчить практика застосування згаданих положень, існують певні розбіжності в застосуванні останніх.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичними розробками поставлених нами питань в різний час, з-поміж інших, в своїх роботах висвітлювати такі вчені, як А. В. Агафонов, А. А. Байбарін, О. О. Гончарук, В. К. Гришук, О. В. Денісова, А. Ю. Дорохіна, О. О. Дудоров, К. В. Катеринчук, В. А. Клименко, В. М. Куц, Є. В. Лашук, Н. С. Лейкіна, Н. С. Магарин, Р. Л. Максимович, В. Я. Марчак, П. С. Матишевський, О. О. Михайлов, С. А. Мозоль, А. О. Мороз, С. О. Огурцов, В. І. Осадчий, О. В. Охман, О. Ф. Пасека, С. В. Познишев, А. В. Савченко, М. С. Таганцев, В. І. Терентьев, В. В. Ткаченко, С. В. Ткаченко, А. М. Трайнін, В. В. Устименко, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, І. О. Харь, В. І. Шакун, Л. Р. Шувальська та інші.

Водночас, необхідно зазначити, що з активним розвитком суспільних відносин, існуванням різноманіття практики застосування кримінального законодавства, виникла потреба в дослідженні питань, що стосуються ознак та функцій спеціального суб'єкта кримінального правопорушення (злочину).

Метою статті є з'ясування та встановлення основних ознак спеціального суб'єкта злочину в аспекті практики застосування положень закону про кримінальну відповідальність.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до положень ч. 3 ст. 18 КК «Службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських

функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.» [2]

Водночас, не будь-яка службова особа може стати суб'єктом (тобто виконавцем) службових злочинів, а лише та, яка постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснює функції представників місцевого самоврядування, а також обіймає постійно чи тимчасово в ОМС посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій (обов'язків).

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, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо.

Організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки по здійсненню керівництва трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників. Такі функції виконують, зокрема, керівники підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів, їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробы, бригадири тощо). Тобто, розпорядження та вказівки осіб, які виконують подібні обов'язки, підлягають виконанню з боку підлеглих в межах підприємства, установи чи організації. Такі розпорядження стосуються зазвичай певної сфери діяльності підприємства, установи чи організації.

Також звертає на себе увагу та обставина, що організаційно-розпорядчі обов'язки тожні функціям посадової особи, тобто передбачають керівництво людьми чи процесом. Визначення понять «організаційний» та «розпорядчий» підтверджують такі висновки. Так, Великий тлумачий словник сучасної української мови визначає «організаційний» як «пов'язаний з організацією чого-небудь», «який здійснює організацію чого-небудь». У свою чергу «організувати» – «створювати, засновувати що-небудь, залучаючи до цього інших, спираючись на них». «Розпоряджатися» ж означає: «1) давати розпорядження, наказ; 2) діяти стосовно до кого-, чого-небудь на свій розсуд» [3]. Так само «організаційно-розпорядчий документ» – вид письмового документа, в якому фіксують рішення щодо адміністративних і організаційних питань, а також питань управління, взаємодії, забезпечення і регулювання діяльності органів влади, установ, підприємств, організацій, їхніх підрозділів і посадових осіб [3].

Особа є службовою не тільки тоді, коли вона здійснює відповідні функції чи виконує обов'язки постійно, а й тоді, коли вона робить це тимчасово або за спеціальним повноваженням, за умови, що зазначені функції чи обов'язки покладені на неї правомочним органом або правомочною службовою особою.

Отже, *організаційно-розпорядчі обов'язки* - обов'язки зі здійснення керівництва певною галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників. *Адміністративно-господарські обов'язки* - це обов'язки з управління або розпорядження майном (наприклад, установлення порядку його зберігання, перероблення, реалізації, забезпечення контролю за цими та подібними операціями).

Тобто під організаційно-розпорядчими обов'язками розуміють дії щодо управління та керівництва діяльністю інших людей, організації їхньої роботи, а під адміністративно-господарськими - управління та розпорядження чужим майном, визначення правової долі цього майна.

Водночас, **суб'єктом** такого злочину в сфері службових відносин, як службове підроблення, може бути **лише** службова особа – як юридичної особи публічного права, так і юридичної особи приватного права (*спеціальний суб'єкт*).

Що стосується безпосередньо практики застосування вказаних положень на прикладі визнання інженера технічного нагляду спеціальним суб'єктом злочинів в сфері службової діяльності, то необхідно зазначити, що в постанові Верховного Суду від 24.12.2020 у справі №355/815/18 говориться: «Отже, для визнання інженера технічного нагляду службовою особою потрібно встановити **сукупність двох ознак**: по-перше, факт виконання зазначеного виду обов'язків (або **організаційно-розпорядчих**, або адміністративно-господарських, або їхнього комплексу), а по-друге, наявність **спеціального для цього повноваження**, яке надається **органом місцевого самоврядування**.» [4]

Тобто, **обов'язкова умова** – інженер технічного нагляду повинен бути наділений організаційно-розпорядчою або адміністративно-господарською компетенцією. Якщо підозрюваний

не належить до цієї категорії, то інкримінувати йому ст. 366 КК України – не можна. Його дії необхідно кваліфікувати за іншою статтею.

З огляду на положення діючого законодавства про архітектуру та архітектурну діяльність, обов'язок щодо здійснення технічного нагляду може бути покладений замовником на спеціалізовану організацію чи спеціаліста з технічного нагляду або на інженера-консультанта, з визначенням у договорі підряду їхніх повноважень. Примірні форми договорів про здійснення технічного нагляду та про надання інженерно-консультаційних послуг у будівництві затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері архітектури.

Згідно з п. 6 Порядку здійснення технічного нагляду під час будівництва об'єкта архітектури, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 903 від 11 липня 2007 року, особи, що здійснюють технічний нагляд, мають право вимагати від підрядника виконання робіт відповідно до проектно-кошторисної та іншої технічної документації, дотримання вимог нормативних документів щодо порядку виконання і прийняття робіт; зупинення робіт у разі застосування ним матеріалів, деталей, конструкцій та виробів, які не відповідають вимогам нормативних документів, тощо [5].

Такі вимоги слід розглядати як один з елементів безпосередньої організації роботи виконавців ремонту дороги (з огляду на згадане нами рішення суду), які є підрядниками (організаційно-розпорядчі обов'язки), та опосередкованого вирішення фактичної та юридичної долі майна, що використовує підрядник (адміністративно-господарські обов'язки). З цього випливає, що інженер технічного нагляду може визнаватись особою, яка виконує зазначені види обов'язків.

Що стосується виконання обов'язків за спеціальним повноваженням, то їх покладання має здійснюватися у встановленому законом порядку повноважним органом або повноважною службовою особою.

Як видно з матеріалів провадження, відповідні обов'язки були покладені на інженера технічного нагляду ОСОБА_1 повноважною службовою особою (сільським головою від імені сільської ради) у встановленому законом порядку шляхом укладення договору підряду № 46 від 17 листопада 2016 року, що передбачав надання обвинуваченим сільській раді послуг з проведення технічного нагляду під час виконання робіт із капітального ремонту дороги товариством-підрядником (т. 2, а. с. 75-76).

Відповідно до цього договору за рішенням повноважного органу місцевого самоврядування ОСОБА_1 був наділений такими обов'язками, які, з-поміж іншого, мають організаційно-розпорядчий та адміністративно-господарський характер [4].

Суд звертає увагу на помилковість аргументації, яку використав суд апеляційної інстанції для обґрунтування того, що за досліджуваних умов інженер технічного нагляду не відноситься до категорії службових осіб, оскільки договір підряду не передбачав делегування повноважень сільській раді, а натомість має місце користування послугами особи, яка здійснює функції технічного нагляду.

Як зазначено нами було зазначено вище, у ч. 3 ст. 18 КК використовується поняття наділення повноваженням, яке за змістом є ширшим за делегування повноважень (делегувати означає передати функції або повноваження; наділити - надати яких-небудь властивостей, якостей). Тому їх отождення не виправдано, а використання поняття делегування повноважень замість наділення становить обмежувальний спосіб тлумачення зазначеного законодавчого положення. Суд наголошує, що користування послугами особи, яка здійснює функції технічного нагляду, відбувається не само собою, а саме на підставі рішення про її наділення відповідними повноваженнями (не про їх делегування).

Суд звертає увагу на те, що особу, яка, не обіймаючи посаду в органах влади або місцевого самоврядування, здійснює організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки за спеціальним повноваженням, може бути визнано службовою.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, ОСОБА_1 діяв на підставі кваліфікаційного сертифіката інженера нагляду серії АТ 002927 від 3 грудня 2014 року, був наділений органом місцевого самоврядування спеціальним повноваженням на здійснення технічного нагляду, під час якого надіявся передбаченими Порядком повноваженнями, що полягали у здійсненні організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, у тому числі контролі за відповідністю обсягу та якості фактично виконаних робіт проектно-кошторисній документації, а також правом вимагати від виконавця виконувати роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, зупиняти роботи у випадку виявлення відхилень від проектних рішень та зобов'язувати виконавця усунути виявлені недоліки.

Беручи до уваги викладені вище положення законодавства та обставини справи, суд апеляційної інстанції мав прийняти рішення, чи є ОСОБА_1 службовою особою, враховуючи вимоги ч. 3 ст. 18 КК [4].

Водночас, аналізуючи положення численних типових цивільно-правових договорів, на підставі яких інженери технічного нагляду здійснюють свою діяльність, можна дійти висновку, що зазвичай до їх обов'язків входить: **проводити перевірку**: наявності документів, які підтверджують якісні характеристики конструкцій, виробів, матеріалів та обладнання, що використовуються під час будівництва об'єкта, - технічного паспорта, сертифіката, документів, що відображають результати лабораторних випробувань тощо; відповідності обсягів та якості виконаних будівельно-монтажних робіт проектно-кошторисній документації; виконання підрядником вказівок і приписів, виданих за результатами технічного нагляду, державного архітектурно-будівельного контролю та державного нагляду; 2) **вести облік** обсягів прийнятих і оплачених будівельно-монтажних робіт, а також будівельно-монтажних робіт, виконаних з недоліками; 3) проводити разом з підрядником огляд та оцінку результатів виконаних робіт, у тому числі прихованих, і конструктивних елементів; 4) **повідомляти** підряднику про невідповідність виробів, матеріалів та обладнання вимогам нормативних документів; 5) **оформляти акти робіт**, виконаних з недоліками; 6) брати участь у проведенні перевірки: робочою комісією якості окремих конструкцій і вузлів, будівельно-монтажних робіт усіх видів, відповідності змонтованого спецобладнання, устаткування і механізмів технічним умовам; органами державного нагляду та архітектурно-будівельного контролю; 7) виконувати інші функції, пов'язані з технічним наглядом на відповідному об'єкті. Також згідно до положень вказаного договору, особа, що здійснює технічний нагляд, має право **вимагати** від підрядника: 1) **виконання** робіт відповідно до проектно-кошторисної та іншої технічної документації, дотримання вимог нормативних документів щодо порядку виконання і прийняття робіт; 2) **зупинення** робіт у разі застосування ним матеріалів, деталей, конструкцій та виробів, які не відповідають вимогам нормативних документів; 3) **проведення** лабораторних випробувань матеріалів і конструкцій щодо їх відповідності сертифікатам якості, а обладнання - технічним (технологічним) паспортам та своєчасного повідомлення їм про такі випробування; 4) **усунення** відхилень від проектних рішень, недоліків (дефектів) та недоробок і повторного пред'явлення робіт для здійснення технічного нагляду; 5) **зупинення** виконання: робіт до оформлення актів огляду прихованих робіт; будівельно-монтажних робіт у разі виявлення понаднормативної деформації об'єкта або загрози обвалу конструкцій та життєва невідкладних заходів для запобігання виникненню аварій.

І останнє: у разі виявлення відхилень від проектних рішень, допущених під час будівництва об'єкта, та відмови підрядника їх усунути особа, що здійснює технічний нагляд, **повідомляє про це замовнику (забудовнику) і відповідному органу державного архітектурно-будівельного контролю для вжиття заходів відповідно до законодавства**. Тобто, самостійно приймати рішення про зупинення робіт інженер технічного нагляду, згідно умов договору, не може. А отже, говорити про те, що інженер технічного нагляду безумовно та безпелаяційно може бути визнаний в кожному випадку спеціальним суб'єктом службового злочину, - передчасно та необґрунтовано.

Висновки. Таким чином, як вбачається з переліку обов'язків та прав, які зазвичай надаються інженерам технічного нагляду за типовим цивільно-правовим договором, останній не наділяється ні адміністративно-господарськими, ні організаційно-розпорядчими обов'язками, а його роль зводиться скоріше до надання **консультативних (рекомендаційних) послуг** під час здійснення будівельних робіт.

Таким чином, ознаки інкримінованого злочину, передбаченого ст. 366 КК України в діях інженера технічного нагляду загалом відсутні, бо відсутній сам суб'єкт вказаного злочину, який в обов'язковому порядку повинен бути наділений адміністративно-господарськими або організаційно-розпорядчими обов'язками.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141 (зі змінами та доповненнями) [<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>]
2. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131 (зі змінами та доповненнями) [<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>]
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови, 2005 [<http://irbis-nbuv.gov.ua/ulib/item/UKR0000989>]
4. Постанова Верховного Суду від 24.12.2020 у справі №355/815/18 [<https://verdictum.ligazakon.net/document/93795164>]
5. Порядок здійснення технічного нагляду під час будівництва об'єкта архітектури, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 903 від 11 липня 2007 року [<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/903-2007-п#Text>]