***В. Н. КУБАЛЬСЬКИЙ,***

*кандидат юридичних наук*

**ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ОКРЕМИХ ФОРМ НЕЗАКОННОЇ УЧАСТІ СЛУЖБОВИХ ОСІБ В ПІДПРИЄМНИЦЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ**

*У статті розглядається доцільність криміналізації в Україні окремих форм незаконної участі службових осіб в підприємницькій діяльності та досліджується кримінальне законодавство деяких зарубіжних держав у цій частині.*

***Ключові слова: службова особа, підприємницька діяльність, криміналізація, корупція.***

*В статье рассматривается целесообразность криминализации в Украине отдельных форм незаконного участия служебных лиц в предпринимательской деятельности и исследуется уголовное законодательство некоторых зарубежных государств в этой части.*

***Ключевые слова: служебное лицо, предпринимательская деятельность, криминализация, коррупция.***

*The article reviews expediency of criminalization in Ukraine illegal participation of officials in business and examines criminal legislation of some foreign states in this part.*

***Key words:*** ***official person, business, criminalization, corruption.***

Віднесення на законодавчому рівні певних діянь до злочинів та встановлення за них кримінальної відповідальності означає їх криміналізацію. Вона традиційно виступає одним з провідних методів та фундаментальних напрямків кримінально-правової (кримінальної) політики держави1.

На сучасному етапі особливо небезпечних форм набуває зрощування корумпованих чиновників в органах державної влади з різноманітними комерційними структурами. Практика підтверджує появу нових «корупційних» форм злиття влади та бізнесу. Зокрема, у багатьох вітчизняних та зарубіжних ЗМІ містяться повідомлення про наявність конфлікту інтересів у колишнього Голови Служби безпеки України, нині – міністра фінансів України В. Хорошковського як державного службовця і як власника бізнес-активів, управління над якими нібито передано його родичам.

Одним із засобів протидії вказаним негативним явищам в зарубіжних державах є наявність в кримінальних законах відповідних норм, які передбачають кримінальну відповідальність за різноманітні форми незаконної ділової активності державних чиновників. Доцільним в даному випадку видається доповнення розділу XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг» КК України статтею, що передбачатиме відповідальність за певні форми незаконної участі службових осіб в підприємницькій діяльності. На даний час за окремі форми незаконної участі службових осіб в підприємницькій діяльності відповідальність може наставати за наявності відповідних підстав за ст. 364 «Зловживання владою або службовим становищем» чинного КК України. Слід відзначити, що проблема окремої криміналізації незаконної участі службових осіб в підприємницькій діяльності вітчизняними вченими-юристами майже не досліджувалася.

В ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 р. використовується поняття «конфлікт інтересів», яке розуміється як суперечність між особистими інтересами особи та її службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об’єктивність або неупередженість прийняття рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання наданих їй службових повноважень. В п. 1 ст. 14 передбачено обов’язок службових та прирівняних до них осіб уживати заходів щодо недопущення будь-якої можливості виникнення конфлікту інтересів. Статтею 6 вказаного закону передбачено, що переліченим в Законі службовим та іншим прирівняним до них особам забороняється використовувати свої службові повноваження та пов’язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди або у зв’язку з прийняттям обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, зокрема неправомірно сприяти фізичним або юридичним особам у здійсненні ними господарської діяльності, одержанні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів, пільг, укладанні контрактів (у тому числі на закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти); неправомірно надавати перевагу фізичним або юридичним особам у зв’язку з підготовкою проектів, виданням нормативно-правових актів та прийняттям рішень, затвердженням (погодженням) висновків. Статтею 7 цього ж Закону визначено, що переліченим в Законі службовим та іншим прирівняним до них особам забороняється: 1) займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України; 2) входити до складу органу управління чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляють інтереси держави чи територіальної громади в раді товариства (спостережній раді), ревізійній комісії господарського товариства), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України.

Вчені в цілому єдині щодо загальних підстав криміналізації: юридико-кримінологічні (ступінь суспільної небезпечності діянь, їх відносна розповсюдженість та типовість, динаміка діянь з урахуванням їх причин та умов, можливість впливу на них кримінально-правовими засобами при відсутності можливості боротьби з ними іншими засобами, можливості системи кримінальної юстиції); соціально-економічні (шкода, яка заподіюється діяннями, відсутність негативних наслідків кримінально-правової заборони та наявність матеріальних ресурсів для його реалізації); соціально-психологічні (рівень суспільної правосвідомості й психології та історичні традиції)2. В якості найважливішого чинника криміналізації більшістю фахівців визнається суспільна небезпечність діяння, тобто об’єктивна шкода, яка заподіюється суспільним відносинам, або реальна небезпечність заподіяння такої шкоди.

В юридичній літературі визначені загальнообов’язкові вимоги (принципи криміналізації), які мають бути дотримані у будь-якому випадку встановлення кримінально-правової заборони щодо того чи іншого суспільно небезпечного діяння. Це принципи, які виражають суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності (забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її припустимість з точки зору основних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, відповідності кримінально-правової норми рівню, характеру суспільної свідомості та стану громадської думки), а також принципи, що визначають вимоги внутрішньої логічної несуперечливості системи норм кримінального права, несуперечливості між нормами кримінального й кримінально-процесуального, а також інших галузей права – конституційного, фінансового, адміністративного, цивільного та ін.3. Криміналізація незаконної участі службових осіб в підприємницькій діяльності, пов’язана зі сприянням в будь-якій формі організації, яка здійснює підприємницьку діяльність, безумовно відповідає переліченим принципам і містить необхідні підстави. Зазначене підтверджується наступним.

Майже у всіх державах світу законодавчо закріплений обов’язок державних чиновників відмовитися від інших професійних занять, крім наукової, творчої та викладацької діяльності. Незаконна ділова активність державних посадових осіб в різних формах – участь в угодах, доходах тощо, яка створює конфлікт інтересів, визнається злочином за законодавством Албанії, Аргентини, Вірменії, Білорусі, Бельгії, Грузії, Індії, Іспанії, Казахстану, Киргизстану, Латвії, Мальти, Нідерландів, Португалії, Сінгапуру, США, Таджикистану, Філіппін, Франції та багатьох інших держав4.

Згідно КК Латвії (ст. 325 «Порушення обмежень, встановлених для державної посадової особи») карається «умисне порушення встановлених законом обмежень щодо підприємницької діяльності, суміщення посад, виконання робіт, отримання винагороди чи здійснення повноважень в ситуації конфлікту інтересів, якщо ці дії були вчинені державною посадовою особою повторно чи якщо цим завдана значна шкода державним чи громадським інтересам або охоронюваним законом правам та інтересам осіб». Згідно ст. 326 «Недозволена участь в майнових угодах» цього ж Кодексу карається «сприяння майновій угоді чи участь в ній, заборонені законом через службове становище державної посадової особи і вчинені нею з корисливої чи з іншої особистої зацікавленості»5. Привертає увагу те, що санкцією за вчинення вказаних злочинів виступає позбавлення волі строком до 5 років з конфіскацією майна чи без такої.

Згідно ст. 441 КК Іспанії карається «посадова особа чи державний службовець, який у випадках, не дозволених Законами чи Статутами, здійснює самостійно або через посередника професійну діяльність чи надає постійну або випадкову допомогу порадами, з питань у вирішенні яких він повинен брати участь чи брав участь на підставі своїх посадових обов’язків, чи з питань, з яких він клопотав, інформував чи які він вирішував в установі чи органі, в який він призначений чи від яких залежить». Згідно ст. 428 карається державний службовець чи посадова особа, яка вплине на іншого державного службовця чи іншу посадову особу, використовуючи свої службові повноваження чи інше становище, з метою досягнення рішення, яке може потягнути прямо чи побічно економічну вигоду для неї самої чи третьої особи6.

Лише в деяких державах запроваджена кримінальна відповідальність за незаконну участь публічних посадових осіб в комерційній діяльності в будь-якій формі. Так, згідно ст. 168 «Державний службовець, який незаконно бере участь в комерційній діяльності» КК Індії карається кожен, хто, перебуваючи на державній службі і маючи обов’язок не брати участі в комерційній діяльності, бере участь в такій діяльності7.

Таким чином, визнаючи суспільну небезпеку окремих форм конфлікту інтересів, кримінальні кодекси багатьох держав по-різному визначають об’єктивну сторону цього явища і ті правоохоронювані інтереси, які ставляться під кримінально-правовий захист.

 Модельний КК СНД 1996 р. містить ст. 304 «Незаконна участь в підприємницькій діяльності» (як злочин невеликої тяжкості) аналогічно якій сформульовані диспозиції КК ряду держав СНД (Вірменії, Білорусі, Грузії, Казахстану, Киргизстану, Росії, Таджикистану та ін.): «створення посадовою особою організації, яка здійснює підприємницьку діяльність, або участь в управлінні такою організацією особисто або через довірену особу всупереч забороні, встановленій законом, якщо ці дії пов’язані з наданням такій організації пільг та переваг чи зі сприянням в іншій формі»8. Незаконна участь службових осіб в підприємницькій діяльності, пов’язана зі сприянням в будь-якій формі організації, що займається нею, в розглядуваному вище варіанті диспозиції виступає спеціальним різновидом такого злочину як зловживання владою або службовим становищем. Розглядуване діяння супроводжується завданням державі і суспільству істотної шкоди і за своїм характером і ступенем суспільної небезпечності безперечно заслуговує на криміналізацію. Воно може знаходити свій прояв у наданні необґрунтованих пільг (митних, податкових та інших), в першочерговому, всупереч встановленому порядку, отриманні сировини чи товару, у несправедливому визначенні результатів конкурсу на державний підряд, тендерних закупівлях, аукціоні, наданні конфіденційної інформації, спрощенні процедури отримання ліцензії, першочерговому чи на пільгових умовах наданні кредитів, створенні різноманітних перешкод для конкурентів і усунення їх з ринку, звільненні від різноманітних перевірок, ревізій, порушенні конкурсних засад при розміщенні державних замовлень, встановленні низької орендної плати (для певної організації, яка здійснює підприємницьку діяльність) тощо9 10.

Російські вчені, вивчаючи суспільну небезпечність незаконної участі службових осіб в підприємницькій діяльності, відзначають, що вона полягає у посяганні на економічну безпеку держави, під якою в даному випадку розуміється стан захищеності національної економіки від незаконних дій службових осіб, які переслідують, всупереч встановленому порядку, принципам, інтересам державної служби, корисливі цілі, а також які використовують свій статус всупереч добросовісній конкуренції для лобіювання інтересів конкретної юридичної особи, яка займається підприємницькою діяльністю11. Вказане діяння порушує не лише встановлений порядок державної служби і служби в органах місцевого самоврядування, але і принципи здійснення господарської діяльності12, зокрема ті, які стосуються здійснення конкурентної підприємницької діяльності13. Безумовно, цей злочин володіє ознаками корупційного діяння.

Розглядаючи проблеми притягнення до кримінальної відповідальності за незаконну участь в підприємницькій діяльності, російські вчені відзначають, що цим злочином завдається шкода інтересам служби, яка полягає в порушенні чиновником принципів об’єктивності, конфлікті службових і особистих, пов’язаних з його підприємницькою діяльністю, майнових інтересів. Незаконний характер носить як сама участь посадової особи в підприємницькій діяльності, так і створення організації, яка займається підприємницькою діяльністю, утворення режиму найбільшого сприяння з використанням наданих повноважень14. Відомий російський кримінолог В.В. Лунєєв з цього приводу відзначав: «Надання податкових пільг «своїм» підприємствам робило невигідним виробництво і приватне підприємництво. По-перше, рішення про пільги приймались келійно і, як правило, супроводжувалось корупцією. По-друге, надання пільг одним підприємствам можливе лише за рахунок інших і за рахунок зниження доходної частини бюджету. По-третє, «пільговики» отримували непомірні доходи»15. Такий спеціальний вид зловживань повноваженнями державними і муніципальними службовцями в умовах переходу від планової економіки до ринкової набув небаченого розмаху. У цьому зв’язку російський законодавець у ст. 289 КК РФ встановив кримінально-правову заборону на незаконну участь в підприємницькій діяльності.

Слід відзначити, що кількість спеціальних складів службових злочинів постійно зростає, процес криміналізації суспільно небезпечних діянь у цій сфері триває і є досить динамічним. Прийняття вказаної норми безумовно матиме превентивний вплив і буде свідченням визнання значної шкоди, яку завдає незаконна участь службових осіб в підприємницькій діяльності особі, суспільству та державі.

Враховуючи викладене та з метою забезпечення належного рівня кримінально-правової охорони порядку суспільних відносин у сфері службової діяльності, слід окремо криміналізувати, доповнивши КК України ст. 364-2, незаконну участь службових осіб в підприємницькій діяльності. Як спеціальна і загальна норми ст. 364-2 «Незаконна участь в підприємницькій діяльності» і 364 «Зловживання владою або службовим становищем» КК України будуть співвідноситися. Диспозицію статті 364-2 слід викласти в наступній редакції: «Створення службовою особою організації, яка здійснює підприємницьку діяльність, або участь в управлінні такою організацією особисто або через довірену особу всупереч забороні, встановленій законом, якщо ці дії пов’язані з наданням такій організації неправомірних переваг чи неправомірним сприянням в іншій формі – карається штрафом від однієї тисячі до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або позбавленням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

**1.** Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, Г.А. Злобин, С.Г. Келина и др. / Отв. ред. В.Н.Кудрявцев, А.М.Яковлев. – М.: Наука, 1982. – C. 15; *Фріс П.Л.* Кримінально-правова політика України: автореф. дис... д.ю.н.: 12.00.08 / Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2005. – 35 с. **2.** *Коробеев А.И.* Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации: Монография. – Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 1987. – 267 с. **3.** Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, Г.А. Злобин, С.Г. Келина и др. / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев. – М.: Наука, 1982. – С.207-210. **4.** Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, професора, заслуженого деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 463. **5.** Уголовный кодекс Латвийской Республики. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. – 313 с. **6.** Уголовный кодекс Испании. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. – 218 с. **7.** Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография. Под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, професора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 465. **8.** Федеральный правовой портал «Юридическая Россия» [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241285&subID=100094318,100094329,100094342,100094841,100094874#text **9.** *Е.Г. Матвеев.* Проблемы привлечения к уголовной ответственности за незаконное участие в предпринимательской деятельности // Вестник ТГУ. – Вып. 9 (89). – 2010. – С. 329-330. **10.** Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (под. ред. д.ю.н. А.И. Чучаева). – М.: ИНФРА-М, 2009. – C. 502. **11.** *Петрова И.Н.* Предпосылки и основания уголовной ответственности за незаконное участие в предпринимательской деятельности // Труды Академии управления МВД России. – 2010. – № 4. – С. 102-104. **12.** *Талан М.В.* Преступления в сфере экономической деятельности, совершаемые должностными лицами, как проявление коррупции // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2009. – № 12. – С. 3-9. **13.** *Курбатов Д.В.* Незаконное участие в предпринимательской деятельности (уголовно-правовые и криминологические аспекты): Автореф. дис. ... к.ю.н. - Караганда, 2006. – С. 8. **14.** *Матвеев Е.Г.* Проблемы привлечения к уголовной ответственности за незаконное участие в предпринимательской деятельности // Вестник ТГУ. – Вып. 9 (89). – 2010. – С. 329. **15.** *Лунеев В.В.* Преступность ХХ века: мировые, региональные и российские тенденции. – М, 2005. – С. 469–470.