

УДК 343.35

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i89.3188>*В. С. Мельниченко*

**ФІЗИЧНА ОСОБА – ПІДПРИЄМЕЦЬ ЯК СУБ'ЄКТ ВЧИНЕННЯ
«ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ
ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА НЕЗАЛЕЖНО
ВІД ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ФОРМИ»**

Постановка проблеми. Статтею 364-1 Кримінального кодексу України (далі КК України) [1] передбачено кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Встановлення суб'єкта кримінального правопорушення під час кваліфікації є досить важливим у правозастосовчій практиці. Якщо проаналізувати диспозицію статті 364-1 КК України, то можна твердо зазначити, що суб'єкт цього кримінального правопорушення є спеціальним, тобто службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Питання природи юридичної особи приватного права лежить у площині цивільного законодавства, і аналіз останнього ставить перед нами дуже важливе питання щодо того, чи можна прирівнювати фізичну особу – підприємця (далі ФОП) за правовим статусом до юридичної особи приватного права і визнати суб'єктом вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 364-1 КК України.

Аналіз останніх досліджень. Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 364-1 КК України, є так званим «службовим» кримінальним правопорушенням та розташоване в розділі XVII КК України, що має назву «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Питання суб'єкта «службових» кримінальних правопорушень досліджували такі вчені, як М.І. Мельник, М.І. Хавронюк, М.С. Туркот, В.Г. Хашев, А.Ф. Бантишев, П.П. Андрушко та інші. Зокрема, питання суб'єкта «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» було предметом дослідження у дисертаціях Д.О. Сисоева та Р.М. Гори.

Метою статті є з'ясування проблемного питання, чи можна вважати ФОП суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 364-1 КК України.

Виклад основного матеріалу. Поняття суб'єкта кримінального правопорушення розкривається чинним КК України, а саме у ст. 18 цього Кодексу. Так, суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність. Спеціальним суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Ми вже з'ясували, що суб'єкт досліджуваного складу кримінального правопорушення є спеціальним, а саме це службова особа юридичної особи приват-

ного права незалежно від організаційно – правової форми. Визначення службової особи наведено у ч. 3 ст. 18 КК України, відповідно до якої 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 зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Для з'ясування питання, що є організаційно-розпорядчими, або адміністративно-господарськими функціями, слід звернутися до Постанови Пленуму Верховного Суду України №5 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про хабарництво». Так, відповідно до абз. 3 та 4 п. 1 цієї Постанови організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки зі здійснення керівництва галуззю 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, їхні заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їхні заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробы, бригадири тощо). У свою чергу, адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки з управління або розпорядження 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 в начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідувачих складами, магазинами, майстернями, ательє, їхніх заступників, керівників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо [2].

Отже, чи може бути ФОП службовою особою взагалі? Слід зазначити, що серед науковців немає єдиної точки зору із цього приводу. Упорядники коментованого КК України зазначають, що ФОП може бути визнаний службовою особою і, відповідно, суб'єктом кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності лише тоді, коли в нього реально виникає можливість виконання вказаних у ч. 3 ст. 18 КК України обов'язків. Це є можливим у разі, якщо він наймає працівників на умовах трудового договору для сприяння у здійсненні підприємницької діяльності. І за таких обставин він набуває організаційно-розпорядчих повноважень стосовно найманих працівників (прийом на роботу, визначення трудових обов'язків, розпорядку робочого дня й розміру заробітної плати, застосування дисциплінарних стягнень, переведення на іншу посаду, звільнення з роботи тощо). [3, с. 1149] Однак із визнанням фізичної особи – підприємця службовою особою кардинально не погоджуються П. Андрушко, А. Стрижевська [4, с. 195–201], Р. Максимович [5, с. 230]. Свої позиції вони обґрунтовують таким: 1) ФОП не обій-

має посади, визначені ч. 3 ст. 18 КК України; 2) застосування ФОП найманої праці є цивільно-правовою угодою і не є виконанням організаційно-розпорядчих функцій. Однак ми все ж таки буди будемо прихильниками тієї позиції, що ФОП може визнаватись службовою особою, коли використовує найману працю за трудовим договором, оскільки таким чином він виступає роботодавцем для інших осіб і здійснює організаційно-розпорядчі функції. Зокрема, у статті 46 Господарського кодексу України (далі ГК України) [6] зазначено, що підприємці мають право укладати із громадянами договори щодо використання їхньої праці. ФОП також можуть здійснювати адміністративно-господарські функції у разі оперативного управління чужим майном, а також можуть мати навіть ширше коло організаційно-розпорядчих повноважень, ніж окремі службові особи підприємств, установ та організацій, зокрема щодо відкриття та використання поточних рахунків у банківських установах, укладання господарських договорів, ведення податкового та бухгалтерського обліку тощо [7].

Як службову особу ФОП визнають і суди. Наведемо приклади вітчизняної судової практики:

1) вироком Гайворонського районного суду Кіровоградської області від 28 липня 2008 року у справі №1-137 ОСОБА 1 було визнано винним у вчиненні кримінальних правопорушень (злочинів), передбачених ч. 4 ст. 191, ч. 2 ст. 366 КК України. Судом було встановлено, що ОСОБА 1 був зареєстрований фізичною особою – підприємцем, основним видом діяльності якого були загальне та ремонтне будівництво. Суд ставив у вину ОСОБА 1, що він, будучи приватним підприємцем – службовою особою, обіймаючи посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, виготовив завідомо неправдиві документи і таким чином незаконно заволодів бюджетними коштами [8];

2) вироком Нововолинського міського суду Волинської області від 16 червня 2011 року у справі № 1/0312/140/11 ОСОБА 1 було визнано винним у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч.1 ст. 366 КК України. Судом було встановлено, що ОСОБА 1, будучи приватним підприємцем, був службовою особою, наділеною організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями [9].

Щодо визнання ФОП суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 364-1 КК України, то гадаємо, що це питання слід з'ясувати через аналіз цивільного законодавства.

Так, згідно зі ст. 80 Цивільного кодексу України (далі ЦК України) [10] юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. У ст. 81 ЦК України зазначено, що існують як юридичні особи публічного права, так і юридичні особи приватного права. Відповідно до ч. 3 цієї статті цим Кодексом встановлюються порядок створення, організаційно правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. Відповідно до ст. 83 цього Кодексу юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Товариства поділяються на підприємницькі (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство, виробничі кооперативи) та непідприємницькі.

Щодо ФОП, то у ст. 51 ЦК України зазначено, що до підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин. Тобто ФОП мають ті самі права і обов'язки, що і юридичні особи під час здійснення своєї підприємницької діяльності, зокрема, як ми вже казали, вони мають право мати найманих працівників, одержувати ліцензію на здійснення певних видів діяльності. Доречним буде звернути увагу також на постанову Центрального апеляційного Господарського суду від 10.02.2021 року у справі № 908/2152/20 [11], в якій зазначено, що фізичні особи – підприємці в господарських відносинах виступають як суб'єкти підприємницької діяльності, а не як фізичні особи. У постанові Вищого господарського суду від 14 вересня 2006 року у справі № 41/102 зазначено, що правове регулювання підприємницької діяльності юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців є тотожним [12]. Міністерство юстиції України в роз'ясненні статусу ФОП [13] зазначає, що фізична особа – підприємець у цивільно-господарських відносинах є різностороннім учасником. Принципи здійснення ним підприємницької діяльності роблять його подібним до юридичних осіб, тоді як у приватних відносинах, незважаючи на будь-які зміни в його статусі, він залишається бути громадянином – фізичною особою. Зазначається, що на підставі правила, встановленого у статті 51 Цивільного кодексу України, до фізичних осіб – підприємців слід застосовувати норми спеціального законодавства, якщо предметом регулювання безпосередньо є їхня підприємницька діяльність. Якщо предмет регулювання виходить за межі підприємницької діяльності, зачіпаючи приватні інтереси суб'єкта, то він повною мірою врегульовується нормами Цивільного кодексу України.

На підставі вищенаведеного можемо наголосити, що фізичну особу – підприємця за умови здійснення ним організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій слід визнавати службовою особою, а під час здійснення підприємницької діяльності, вважаємо, що фізична особа – підприємець має той самий статус, що і юридична особа приватного права, і таким чином за наявності певних обставин і за певних умов фізичну особу – підприємця можна вважати службовою особою юридичної особи приватного права і, відповідно, суб'єктом вчинення такого кримінального правопорушення, як «зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми».

Література

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001р. №2341-III. Дата оновлення: 30.12.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 24.02.2021).
2. Постанова Пленуму Верховного Суду України №5 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про хабарництво». URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02#Text>.
3. Науково – практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та доп. Київ : ВД «Дакор», 2019. 1384 с.
4. Андрушко П., Стрижевська А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально – правова характеристика : навч. посіб. Київ : Юрисконсульт, 2006. 342 с.
5. Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України : монографія. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2008. 304 с.

6. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV : Дата оновлення: 16.10.2020 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 24.02.2021).

7. Фізична особа-підприємець як суб'єкт злочинів у сфері службової діяльності. *Медиагруппа Адвокат-Консалтинг*: офіційний сайт. URL : <http://advocat-cons.info/index.php?newsid=7307#>. YDY4s-IR3IU (дата звернення: 24.02.2021).

8. Вирок Гайворонського районного суду Кіровоградської області від 28.07.2008 року у справі № 1-137. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/3485311> (дата звернення: 24.02.2021).

9. Вирок Новолинського міського суду Волинської області від 16.06.2011 року у справі № 1/0312/140/11. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/16626080> (дата звернення: 24.02.2021).

10. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV: Дата оновлення: 01.01.2021 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 24.02.2021).

11. Постанова Центрального апеляційного Господарського Суду від 10.02.2021 року у справі № 908/2152/20. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94762316> (дата звернення: 24.02.2021)

12. Постанова Вишого Господарського Суду України від 14 вересня 2006 року у справі № 41/102. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/131674> (дата звернення: 24.02.2021).

13. Роз'яснення Міністерства юстиції України від 14.01.2011 р. «Статус фізичної особи – підприємця: проблеми застосування законодавства». URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0012323-11#Text> (дата звернення: 24.02.2021).

Анотація

Мельниченко В. С. Фізична особа – підприємець як суб'єкт вчинення «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». – Стаття.

У статті досліджується досить дискусійне питання на предмет того, чи можна вважати фізичну особу – підприємця службовою особою загалом і зокрема службовою особою юридичної особи приватного права. Саме це і є метою статті. Встановлюється поняття суб'єкта, а також те, що суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого статтею 364-1 Кримінального кодексу України, є спеціальним – службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Наводиться визначення службової особи, яке передбачено частиною 3 статті 18 Кримінального кодексу України, відповідно до якої основними ознаками службової особи є наявність в неї організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, про які більш детально зазначається у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво». У статті наголошується на тому, що фізичну особу – підприємця слід визнавати службовою особою юридичної особи приватного права, якщо він здійснює організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. На підтвердження даної позиції наводяться приклади судової практики. Щодо визнання фізичної особи – підприємця безпосередньо суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 364-1 Кримінального кодексу України, то вказане питання розкривається через аналіз цивільного законодавства та відповідної судової практики. Розглядаються організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права, а також зазначається те, що до фізичних осіб – підприємців застосовуються ті ж самі нормативно-правові акти, що регулюють діяльність юридичних осіб. Наголошується на тому, що фізична особа – підприємець у господарських відносинах бере участь не як фізична особа, а як суб'єкт підприємницької діяльності, що робить його подібним до юридичних осіб. Робиться висновок, що фізичну особу – підприємця за певних умов слід визнавати суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого статтею 364-1 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: суб'єкт, юридична особа приватного права, службова особа, організаційно – розпорядчі функції, адміністративно – господарські функції, фізична – особа підприємця.

Summary

Melnychenko V. S. Natural person – entrepreneur as a subject of ‘Abuse of authority by an official of a legal entity of private law, regardless of organizational and legal form’. – Article.

The article explores a rather debatable question about whether an individual – an entrepreneur – can be considered an official in general and in particular an official of a legal entity of private law. This is what the purpose of the article is. The concept of a subject is established, as well as the fact that the subject of a criminal offense under article 364-1 of the Criminal Code of Ukraine is a special – official person of legal person of private law, regardless of the organizational and legal form. The definition of an official person is provided for in article 18, paragraph 3, of the Criminal Code, according to which the main features of an official person are the presence of organizational, administrative and administrative-economic functions, which are indicated in more detail in the Decision of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine On judicial practice in cases of bribery. The article notes that an individual entrepreneur should be recognized as an official of a legal entity of private law if he exercises organizational, administrative or administrative-economic functions. Examples of jurisprudence are provided in support of this position. With regard to the recognition of a physical person - entrepreneur as a direct subject of a criminal offence under Art. 364-1 of the Criminal Code of Ukraine, this issue is disclosed through an analysis of civil legislation and relevant judicial practice. Organizational and legal forms of legal entities of private law are considered, and it is also indicated that the same normative and legal acts governing the activities of legal entities apply to natural persons – entrepreneurs. It is noted that a physical person – an entrepreneur in economic relations does not participate as a physical person, but as a subject of entrepreneurial activity, which makes him such a legal persons. It is concluded that the physical person of an entrepreneur under certain conditions should be recognized as a subject of a criminal offense under article 364-1 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: subject, legal entity of private law, official person, organizational and administrative functions, administrative-economic functions, natural person-entrepreneur.