

Справи про позбавлення батьківських прав

1. Проблемним є застосування ст. 19 СК України щодо обов'язкової участі конкретного органу опіки та піклування у справах цієї категорії: за місцем проживання дитини, за місцем проживання позивача чи за місцем проживання відповідача.

2. Невизначеним залишається процесуальний статус дитини та особливості її участі у розгляді справи для висловлення її думки при вирішенні спору про позбавлення батьківських прав.

3. Проблемним на практиці є визначення процесуального статусу органу опіки та піклування у справах про позбавлення батьківських прав. Ці органи беруть участь у справі як треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, що не відповідає теорії цивільного процесуального права та положенням ЦПК України.

4. При розгляді справ про позбавлення батьківських прав неоднозначною є судова практика щодо участі прокурора у справі та визначення його процесуального статусу, порядку залучення його судом до участі у справі, а також щодо змісту та форми висновку, який він має надати у справі у зв'язку із залученням до справи.

Викладені окремі проблемні питання, які виникають при розгляді справ вказаних категорій, потребують більш детального роз'яснення Верховного Суду України, а окремі положення СК України – більш чіткого законодавчого регулювання.

**Висновок
науково-правової експертизи
щодо законності визнання приватного нотаріуса
спеціальним суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності,
проведеної у відповідності із Законом України
«Про наукову і науково-технічну експертизу»
на запит приватного нотаріуса Ковальчука С.П.**

I. Зміст запиту

До Ради науково-правових експертиз при Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України звернувся приватний нотаріус Ковальчук С.П. (лист від 1 листопада 2007 року) з проханням про проведення науково-правової експертизи щодо законності визнання приватного нотаріуса спеціальним суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності. Зокрема, запит сформульовано так: У зв'язку з порушенням кримінальної справи проти приватного нотаріуса Ковальчука С.П. за ст. 364, ч. 1 ст. 366 Кримінального кодексу України прошу дати висновок науково-правової експертизи про те, чи може бути суб'єктом даних злочинів приватний нотаріус.

II. Юридичні підстави проведення науково-правової експертизи:

1) лист-запит від 1 листопада 2007 р.; 2) згода виконавця на проведення експертизи та її кошторис, що відповідно до ч. 2 ст. 154 Цивільного кодексу України

є укладанням цивільно-правової угоди про проведення експертного дослідження; 3) статут Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України (в частині повноважень на проведення науково-правової експертизи); 4) Закон України від 10 лютого 1995 р. «Про наукову і науково-технічну експертизу» (із змінами і доповненнями); 5) наказ Міністерства освіти і науки України від 12 січня 2004 р. № 12 «Про затвердження Порядку проведення державної акредитації фізичних та юридичних осіб на право проведення наукової та науково-технічної експертизи» (зарєстровано Міністерством юстиції України 26 січня 2004 р. № 110/8709); 6) постанова Кабінету Міністрів України від 28 липня 2003 р. № 1180 «Про затвердження переліку платних послуг, які можуть надаватись бюджетними науковими установами»

III. Нормативно-правові акти (станом на 8 листопада 2007 р.) та документи, використані в процесі проведення науково-правової експертизи:

Конституція України; Кримінальний кодекс України (у редакції 2001 р., із змінами і доповненнями); Кримінальний кодекс УРСР 1960 р.; Кримінально-процесуальний кодекс України; закони України «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів» від 4 лютого 1994 р.; «Про боротьбу з корупцією» від 5 жовтня 1995 р.; «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р.; «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р.; «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 7 червня 2001 р.; «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р.; Указ Президента України «Про врегулювання діяльності нотаріату в Україні» №932 від 23 серпня 1998 р.; Положення про порядок реєстрації приватної нотаріальної діяльності (затвержене наказом Міністерства юстиції України №10/5 від 04.03.1994 р.); Положення про порядок видачі свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю (затвержене Наказом Міністерства юстиції України №3/5 від 20.01.1994 р.); Положення про вимоги до робочого місця приватного нотаріуса та здійснення контролю за їх дотриманням (затвержене Наказом Міністерства юстиції України №36/5 від 12.06.1998 р.); постанови Пленуму Верховного Суду СРСР «Про судову практику у справах про зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, недбалості та службового підроблення» №4 від 30 березня 1990 р., «Про практику розгляду судами справ за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних, посадових і службових осіб у сфері управлінської діяльності, які порушують права та свободи громадян» №13 від 3 грудня 1997 р., «Про судову практику у справах про хабарництво» № 5 від 26 квітня 2002 р., «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» № 15 від 26 грудня 2003 р.

IV. Результати науково-правового експертного дослідження

При підготовці даного науково-експертного висновку здійснено комплексний аналіз чинного законодавства України з урахуванням практики його застосування, використано досвід роботи експерта в складі науково-методичних та науково-консультативних рад при вищих судових установах та при Генеральній прокуратурі України, досвід підготовки законопроектів у сфері кримінальної юстиції. Висновок ґрунтується на визнаних у вітчизняній правовій науці та підтверджених судовою практикою постулатах.

Судова практика

Запитання. Чи може приватний нотаріус бути суб'єктом злочинів, передбачених ст.364, ч.1 ст.366 Кримінального кодексу України?

Відповідь. Розділ XVII Кримінального кодексу України (у редакції 2001 року, із змінами і доповненнями) об'єднав шість статей (364–368, 370), які у своїх складах злочинів передбачають спеціального суб'єкта — службову особу.

Поняття службової особи у чіткій категоричній формі визначено законом у ст.364 КК України, а саме, *службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.*

Таким чином, суб'єктом злочинів, передбачених статтями 364-368, 370 КК України, може бути **тільки** особа, яка відповідає цим вимогам, тобто особа має бути спеціальним суб'єктом в розумінні ст.364 КК України (а не в розумінні будь-якого іншого нормативного акта).

Для юридично правильного застосування статтями 364–368, 370 КК України потрібно враховувати таке.

Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом (ч. 1 ст. 2 КК України).

Злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом (ч. 3 ст. 3 КК України).

Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено (ч. 4 ст. 3 КК України).

Злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину (ч. 1 ст. 11 КК України).

Спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа (ч.2 ст.18 КК України).

Переліченими нормами закріплено фундаментальний принцип кримінального права *nullum crimen, nulla poena sine lege*, тобто немає злочину та покарання без прямої вказівки на те в законі. Ці норми конкретизують конституційне положення про те, що ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавались законом як правопорушення (ч. 2 ст. 58 Конституції України). На підставі цих положень органи державної влади та їх посадові особи зобов'язані суворо додержуватись норм кримінального закону при притягненні особи до кримінальної відповідальності і застосуванні до неї засобів примусу. Органам державної влади та їх посадовим особам забороняється застосовувати кримінальний закон за аналогією щодо діянь, які не передбачені нормами Загальної та Особливої частин КК України.

Дослідження правового становища приватного нотаріуса дає підстави стверджувати, що приватний нотаріус – це особа з особливим правовим статусом, що не має подібного аналогу в правовій системі України. Відповідно до ст.1 Закону України «Про нотаріат» нотаріат в Україні – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юри-

дичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені вказаним Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. У ст. 3, 4, 5 Закону України «Про нотаріат» конкретизовано права та обов'язки нотаріуса. Відповідно до цього статусу **приватний нотаріус не є особою, яка постійно чи тимчасово здійснює функції представника влади.** Специфіка визначення правових основ організації та діяльності органів влади в Україні передбачає обов'язковість закріплення статусу кожного органу влади у відповідному нормативному акті. Так, статус конституційних органів влади визначено Конституцією та законами України, статус окремих органів влади визначено на рівні закону, наприклад, статус Державної судової адміністрації України, інші діють на підставі відповідних положень, затверджених Указом Президента України. Законодавство України, зокрема ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів», також не надала місця нотаріату в переліку правоохоронних органів. Чітке законодавче закріплення статусу органу влади є категорично обов'язковим з огляду на вимоги ч. 2 ст. 19 Конституції України.

Таким чином, жоден нормативний акт не визначає в Україні ані нотаріат, ані приватного нотаріуса як орган влади. Приватний нотаріус не є службовою особою органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, правоохоронних чи судових органів. Законом на приватного нотаріуса не покладається владних повноважень, а також жодних владно-представницьких функцій, в тому числі функцій представника влади. Приватний нотаріус не є особою, професійна діяльність якої передбачає виконання на підприємстві, в установі чи організації організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій постійно, тимчасово чи за разовим спеціальним повноваженням. Так, обіймати на підприємстві, в установі чи організації посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків (функцій), означає мати на даному підприємстві, в установі чи організації організаційно-розпорядчі повноваження на здійснення керівництва іншими працівниками або в межах всього підприємства (установи, організації), або на рівні визначеного статуту чи положенням його структурного підрозділу. Так, обіймати на підприємстві, в установі чи організації посаду, пов'язану з виконанням адміністративно-господарських обов'язків (функцій), означає мати на даному підприємстві (установі, організації) повноваження на здійснення управління чи розпорядження майном (в тому числі немайновими правами), що використовується підприємством, установою чи організацією в процесі своєї статутної господарської діяльності.

Такі поняття, як представник влади, як виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій (обов'язків), не є новими для кримінального права України. Ці категорії містяться і в Кримінальному кодексі УРСР 1960 року. Їх зміст досить повно розкрито юридичною наукою та підтверджено тривалою практикою правозастосування (зокрема, Постанова Пленуму Верховного Суду СРСР «Про судову практику у справах про зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, недбалості та службового підроблення» № 4 від 30 березня 1990 р.; Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних, посадових і службових осіб у сфері уп-

Судова практика

равлінської діяльності, які порушують права та свободи громадян» № 13 від 3 грудня 1997 р.; Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» № 5 від 26 квітня 2002 р.; Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» № 15 від 26 грудня 2003 р.).

Закон України «Про нотаріат» закріплює виключно індивідуальний характер діяльності приватного нотаріуса. Даний закон не передбачає об'єднання приватних нотаріусів для здійснення нотаріальної діяльності у організації, підприємства, установи.

Приватний нотаріус не створює власного підприємства чи установи (організації). Приватний нотаріус вправі мати нотаріальну контору. Під нотаріальною конторою слід розуміти приміщення, яке є робочим місцем нотаріуса (п. 5 Положення про вимоги до робочого місця приватного нотаріуса та здійснення контролю за їх дотриманням (затверджене Наказом Міністерства юстиції України №36/5 від 12.06.1998 р.)). Приватний нотаріус не працює на будь-якому підприємстві, в установі чи організації. Більше того, виконання іншої оплачуваної роботи, не пов'язаної з нотаріальною діяльністю, окрім викладацької та наукової у вільний від роботи час, є підставою для анулювання свідчення про право на заняття нотаріальною діяльністю (пункт ж) ст. 12 Закону України «Про нотаріат»). Приватний нотаріус не виконує в межах жодного підприємства, установи, організації ані організаційно-розпорядчих, ані адміністративно-господарських обов'язків (функцій).

Важливо підкреслити і ту обставину, що статус приватного нотаріуса не тождий статусу, наприклад, завідувача державної нотаріальної контори (ст. 17 Закону України «Про нотаріат») чи завідувача державного нотаріального архіву (ст. 23), що входять до нотаріату як системи органів і посадових осіб. Використання в Законі України «Про нотаріат» терміна «посада», зокрема у ст.26, не може тлумачитися розширено. Зміст терміна «посада» нотаріуса повною мірою розкрито в Законі України «Про нотаріат» при визначенні змісту функції нотаріуса, а саме: на нотаріуса «покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені вказаним Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності» (ст. 1). При цьому нотаріус має право: витребувати від підприємств, установ і організацій відомості та документи, необхідні для вчинення нотаріальних дій; складати проекти угод і заяв, виготовляти копії документів та виписки з них, а також давати роз'яснення з питань вчинення нотаріальних дій і консультації правового характеру (ст. 4). І ці положення повною мірою вичерпують нинішній законодавчо визначений обсяг професійних повноважень приватного нотаріуса.

Враховуючи вищезазначене, є всі підстави для висновку про те, що **нотаріальна діяльність, тобто діяльність з посвідчення прав та фактів, що мають юридичне значення, з виконання нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності не підпадає під поняття здійснення функцій представника влади та під поняття здійснення на підприємстві, в установі чи організації організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій постійно, тимчасово чи за разовим спеціальним повноваженням. Відповідно**

приватний нотаріус за своїм правовим статусом не відповідає вимогам, що вичерпно передбачені ст. 364 КК України для службової особи як спеціального суб'єкта.

Висновок. Приватний нотаріус за своїм правовим статусом при вчиненні нотаріальних дій не є службовою особою в розумінні ст. 364–367 КК України.

На підтвердження даного висновку можна навести цілу низку положень законів, підзаконних актів та роз'яснень Пленуму Верховного Суду України, в яких визначено зміст та спрямованість законодавства України з цих питань. Так, Закон України «Про боротьбу з корупцією» від 5 жовтня 1995 р., із змінами і доповненнями, встановлює суб'єктів корупційних діянь та інших правопорушень, пов'язаних з корупцією. За корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією, несуть відповідальність особи, уповноважені на виконання функцій держави: державні службовці; народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутати сільських, селищних, міських, районних, обласних рад; посадові особи органів місцевого самоврядування.

Відповідно до Закону України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р., із змінами і доповненнями, встановлюється поняття державної служби в Україні. Це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті, щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів.

Поняття посадової особи органів місцевого самоврядування закріплюється у ст. 4 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р., із змінами і доповненнями, де зазначено, що це особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження у здійсненні організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету. Ці ж самі ознаки посадової особи місцевого самоврядування закріплені у Законі України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 7 червня 2004 р., із змінами і доповненнями.

Постановою Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією» встановлено, коло осіб, які можуть бути притягнені до відповідальності за вчинення корупційних правопорушень, що уповноважені на виконання функцій держави, а саме: державні службовці; депутати всіх рівнів; сільські, селищні, міські голови та голови районних і обласних рад; військовослужбовці (крім тих, що проходять строкову службу); інші особи, які згідно з чинним законодавством притягаються до відповідальності за адміністративні правопорушення на підставі положень дисциплінарних статутів. Крім того, зазначена Постанова конкретизує поняття спеціального суб'єкта, а саме: державні службовці, які є посадовими особами; керівники міністерств і відомств, державних підприємств, установ та організацій чи їх структурних підрозділів; особи, на яких покладено обов'язок складати протоколи про вчинення корупційних правопорушень або подавати ці протоколи до суду. Також до суб'єктів корупційних правопорушень належать: судді; прокурори; слідчі; особи рядового й начальницького складу органів внутрішніх справ; співробітники служби безпеки; посадові особи податко-

Судова практика

вої адміністрації та податкової міліції, митної служби; інших правоохоронних органів; працівники апарату суду, прокуратури й інших зазначених органів, уповноважені на виконання функцій держави.

Зазначені нормативні акти та практика їх застосування теж виключають можливість розуміння статусу приватного нотаріуса в якості службової особи, ознаки якої вичерпно передбачені в ст. 364 КК України як спеціального суб'єкта.

Діяльність приватного нотаріуса має для забезпечення законності та утвердження правопорядку в державі, безспірно, важливе значення. На майбутнє можна погодитися з деякими пропозиціями щодо законодавчого закріплення більш суворої, в тому числі кримінальної, відповідальності приватних нотаріусів за допущені навмисні зловживання. Але з точки зору юридичної техніки, встановити кримінальну відповідальність для приватних нотаріусів можливо лише шляхом прийняття окремих спеціальних норм кримінального закону, які б повною мірою відображали специфіку та юридичну природу нотаріальної діяльності та статусу приватних нотаріусів. В інший спосіб законодавчо встановити підвищену кримінальну відповідальність приватних нотаріусів за навмисні грубі порушення вимог професійної діяльності, з точки зору юридичної техніки неможливо, тому що статус нотаріуса, і зокрема приватного нотаріуса, є специфічним, не має подібного аналогу в правовій системі й не підпадає під узагальнення зі статусами представників інших професій, що виконують важливі загальносоціальні функції державного значення. На сьогодні це тільки пропозиції.

Висновок. З огляду на те, що застосовувати кримінальний закон за аналогією щодо діянь, які не передбачені нормами Загальної та Особливої частин КК України, забороняється, приватний нотаріус при вчиненні нотаріальних дій **не може вважатись суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності**, які передбачені розділом XVII Кримінального кодексу України (у редакції 2001 року, із змінами і доповненнями), зокрема ст. 364–367 КК України.

М. І. СІРИЙ

науково-правовий експерт,
старший науковий співробітник
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького
НАН України, кандидат юридичних наук