

Деякі питання хабарництва в міжнародних конвенціях

Михайленко Д.Г.

аспірант кафедри кримінального права ОНЮА

Приведення вітчизняного законодавства у відповідність до міжнародних стандартів було, є і залишатиметься пріоритетним напрямком його модернізації. В сфері протидії корупції існує ряд міжнародних конвенцій, які в силу їх ратифікації є обов'язковими для України. До них відносяться Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією [1], Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією [2] (далі – Кримінальна конвенція) та Додатковий протокол до неї [3], Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності [4] та Протоколи до неї [5], Конвенція ООН проти корупції [6]. Відомо, що ратифіковані міжнародні договори є частиною національного законодавства і підлягають застосуванню у порядку, передбаченому для його норм, а якщо в них встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Виходячи з цього, постає необхідність проаналізувати з точки зору кримінального права положення вказаних конвенцій щодо відповідальності за хабарництво, спроектувати їх на норми КК України та виявити чи є між ними неузгодженість. При цьому варто звернути увагу на те, що положення перерахованих міжнародних договорів побудовані таким чином, що їх неможливо застосувати напряду, оскільки в них містяться вказівки лише на обов'язок країн-учасниць вжити заходи, які необхідні для встановлення у своєму національному законодавстві відповідальності за правопорушення закріплені в конвенціях.

Суто кримінально-правові положення містяться у всіх наведених антикорупційних міжнародних актах окрім Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією, яка своєю метою має створення в національному законодавстві країн-учасниць ефективних засобів правового захисту осіб, яким заподіяно

шкоду внаслідок корупційних дій, з ціллю надання таким особам можливості захищати свої права та інтереси, включаючи можливість отримання компенсації за заподіяну шкоду. Тут варто лише зазначити, що під корупцією дана Конвенція розуміє лише хабарництво (дачу і одержання хабара), що чітко визначено в ст.2 даного акту. Попередній аналіз норм інших конвенцій показав, що їх основні положення, які безпосередньо стосуються кримінального права, є, за виключенням деяких редакційних відмінностей, аналогічними та відрізняються лише тим, яку кількість діянь, вони зобов'язують передбачити у внутрішньому законодавстві. Тому для зручності при аналізі взятих Україною відповідно до даних договорів зобов'язань з приводу відповідальності за хабарництво мова буде йти одночасно про положення всіх конвенцій, якщо інше буде спеціально не обумовлено, а за основу візьмемо Кримінальну конвенцію, оскільки вона є найбільш спеціальним актом з тих, що розглядаються.

Системне тлумачення Кримінальної конвенції дозволяє зробити висновок, що поняття «корупція» в даному акті також тотожне поняттю «хабарництво». А аналізуючи статті 4, 5, 6, 9 та 11 Конвенції резюмуємо, що під хабарництвом розуміється дача і одержання хабара.

Конвенції розвивають принцип диференціації кримінальної відповідальності за корупцію, шляхом виділення двох принципово різних видів хабарництва: 1) хабарництво за участю публічних (державних) посадових осіб (у публічному секторі); 2) хабарництво за участю приватних (недержавних) службових осіб (у приватному секторі). При цьому термін «посадова особа» відповідно до ст.1 Кримінальної конвенції за своїм змістом включає лише публічних посадовців і не поширюється на службовців приватних підприємств, а в главі II конвенції окремо виділені статті, які стосуються відповідальності за одержання і дачу хабара у приватному секторі (ст.ст. 7 і 8). Зазначимо, що КК України такого розмежування злочинів у сфері службової діяльності по наведеному комплексному критерію, в основі якого лежать ознаки суб'єкта злочину, не проводить, що з точки зору різного рівня суспільної небезпеки даних двох груп діянь є не досить справедливим та послідовним, адже санкції як

до державних, так і до недержавних службовців застосовуються однакові. Безумовно, виконуючи взяті на себе за конвенціями зобов'язання, такого роду диференціацію необхідно зробити, але тільки після належного її наукового обґрунтування.

Конвенційні конструкції дачі-одержання хабара у публічному секторі майже ідентичні конструкціям хабарництва у приватному секторі, тому розглянемо їх паралельно. На відміну від КК України, у конвенціях дані діяння полягають не лише у взаємно спрямованих діях – давання і одержання хабара. Так, Кримінальна конвенція зобов'язує встановити кримінальну відповідальність за дачу хабара при таких формах умисного діяння: 1) обіцяння; 2) пропонування; чи 3) надання будь-якої неправомірної переваги. В свою чергу одержання хабара може проявлятися в умисному вчиненні: 1) вимагання; 2) одержанні будь-якої неправомірної переваги; чи 3) одержанні обіцянки такої вигоди (неправомірної переваги) (дана форма характерна для одержання хабара у приватному секторі); 4) прийнятті пропозиції чи обіцянки отримання такої переваги. Видається, що в описі Кримінальною конвенцією (ст. 8) форм одержання хабара у приватному секторі допущена неточність. Так, не варто одночасно вказувати на одержання обіцянки і на прийняття пропозиції чи обіцянки, адже під одержанням обіцянки необхідно розуміти фізичне її сприйняття хабароодержувачем і її схвалення (погодження з нею), тобто її прийняття. В іншому випадку можна прийти до висновку, що коли хабароодержувач просто отримує обіцянку надати вигоду вигоди і навіть відхиляє її, то все одно він повинен нести кримінальну відповідальність. Виходячи з наведеного та зважаючи на те, що закріплені форми дачі-одержання хабара в публічному секторі не містять подібної неточності, а також вони відсутні і в Конвенції ООН проти корупції, необхідно дійти висновку, що вказівка ст. 8 Кримінальної конвенції на необхідність встановлення відповідальності за одержання обіцянки вигоди є зайвою.

Крім наведеної помарки Кримінальна конвенція, на відміну від інших досліджуваних актів, містить ще низку дрібних недоліків. Так, часто

використовуються різні терміни у одному значенні (неправомірна перевага – вигода – хабар; дача хабара – надання хабара; повноваження – обов’язки тощо). Але такі недоліки ніяким чином не впливають на принциповість положень конвенції, хоча і не прикрашають її. Тому в подальшому без потреби на подібні неточності акцентуватися увага не буде.

З наведених форм прояву дачі-одержання хабара невірно робити висновок, що відповідно до Кримінальної конвенції дані посягання, на відміну від КК України можуть бути закінченими не тільки в момент, коли службова особа прийняла хоча б частину хабара, а ще й в момент, коли: 1) особа надала обіцянку, а посадова особа її прийняла; і 2) особа запропонувала, а посадова особа прийняла таку пропозицію; а одержання хабара крім того може бути закінчене в момент вчинення акту його вимагання. Таке тлумачення було б хибним, адже конвенція в даному випадку не описує диспозиції хабарництва, а вказує на необхідність встановлення кримінальної відповідальності за вказані форми діяння, а це не означає, що такі діяння повинні утворювати закінчені склади злочинів.

Варто зазначити, що КК України передбачає як злочини всі описані форми дачі-одержання хабара. Так, вимагання, дача і одержання хабара караються, шляхом застосування ст.ст. 368 і 369 КК, а інші проступки повністю охоплюються нормами про готування до хабарництва. З врахуванням вищенаведеного видається невірною позиція Головного науково-експертного управління, що викладена у Висновках на проекти Законів України "Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією" [7] та "Про ратифікацію Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією" [8], автори якої наголошують, що відповідальність за обіцяння хабара будь-якого розміру, а також за прийняття пропозиції надання і прийняття обіцянки надання хабара не передбачена чинним КК України.

Крім суб’єкта одержання хабара хабарництво приватних службовців відрізняється від хабарництва публічних посадовців ще однією ознакою – метою. В той час як хабар у публічному секторі дають-одержують з метою

виконання чи невиконання хабароодержувачем своїх службових обов'язків, то хабар у приватному секторі дають-одержують з метою виконання чи невиконання наданих повноважень на порушення службових обов'язків. З цього необхідно зробити висновок, що конвенції, на відміну від КК України не визнають суспільно небезпечним одержання вигоди (і відповідно її дачу) за правомірне здійснення повноважень службовою особою приватного підприємства. Дане положення заслуговує на увагу і повинно закріпитися в КК України.

В Кримінальному законі України для позначення того, що особа дає (готується дати), а службова особа одержує (готується одержати) за визначену службову поведінку використовується термін «хабар». Конвенції ж поряд з наведеним терміном, який використовується лише в назвах статей, застосовують поняття «неправомірна перевага» (ст.ст. 2, 3, 7, 8, 12 Кримінальної конвенції) і одного разу – поняття «вигода» (ст.8). Уявляється, що дані терміни в контексті Конвенції мають тотожне значення. Саме поняття «неправомірна перевага» конвенціями не розкривається, а буквальне тлумачення вказує на надто широкий його зміст, який не обмежується майновим характером, як це притаманно вітчизняному поняттю хабара. Виходячи з цього, конвенції не вважають хабарництво виключно корисливим злочином, що видається хибним і підлягає одноголосній критиці в науці [9] та судовій практиці України та Росії. Але робити висновки лише з буквального тлумачення видається невірним, а тому доцільно було б дати чітке визначення неправомірної переваги у одній із конвенцій, так як це питання носить принциповий характер. Зважаючи на це, Україна може відповідно до ст.39 Кримінальної конвенції ініціювати поправку з даного приводу і цим самим посприяти встановленню єдиного та безспірного розуміння даного терміну.

Кримінальна конвенція (п.1 ст.18) зобов'язує кожну сторону, яка її ратифікувала вжити заходів для забезпечення відповідальності юридичних осіб за передбачені Конвенцією злочини (зокрема за дачу хабара), вчинені на їх користь будь-якою фізичною особою, яка діяла незалежно або як представник

того чи іншого органу юридичної особи та яка обіймає керівну посаду у цій у цій юридичній особі, із використанням: - представницьких повноважень юридичної особи; чи - повноважень приймати рішення від імені юридичної особи; чи - повноважень здійснювати контроль за діяльністю юридичної особи; а також за залучення такої фізичної особи до вищезазначених злочинів у якості співучасника чи підбурювача.

Встановлення відповідальності юридичних осіб за корупційні діяння в їх інтересах чи з використанням їх коштів було передбачено Концепцією боротьби з корупцією на 1998 – 2005 роки [10], як невідкладний захід вдосконалення законодавства про відповідальність за корупційні діяння та визначається Концепцією подолання корупції в Україні "На шляху до доброчесності" [11], як пріоритетний напрямок вдосконалення законодавства.

Але положення ратифікованих конвенцій та «Президентських» концепцій в цій частині до сих пір залишилися не реалізованими у правовому полі України, хоча спроби зробити це є. Так, 11.09.2006 року в Верховній Раді України був зареєстрований законопроект «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» [12]. Не зупиняючись на численних, а інколи суттєвих недоліках даного проекту, необхідно вказати наступне. Реалізація ідей конвенцій про відповідальність юридичних осіб за корупційні правопорушення поза КК України шляхом прийняття окремого закону з даного приводу є вдалою пропозицією, оскільки в даному випадку відпадає необхідність вирішувати питання про склад злочину юридичної особи, що потребує перегляду концепції вітчизняного кримінального права. Крім того, по смислу Кримінальної конвенції така відповідальність може не бути кримінальною.

В законопроекті (ст.1) було зроблено досить логічне і доцільне уточнення про те, що відповідальності не підлягають юридичні особи публічного права, які повністю утримуються за рахунок державного чи місцевих бюджетів. Кримінальна конвенція ж, зобов'язуючи встановити кримінальну відповідальність юридичних осіб, не робить будь-яких застережень, що вказує

на широкий зміст поняття «юридична особа» (включаючи, зокрема, державні юридичні особи). Видається, що такий підхід є невиправданим, адже державі недоцільно і неправильно при корупційних правопорушеннях працівників, наприклад, державних підприємств застосовувати санкції до останніх.

Відповідно до п.2 ст.18 Конвенції необхідно встановити у національному законодавстві відповідальність юридичних осіб у випадках, коли неналежний контроль з боку фізичної особи, згаданої у пункті 1 (ст.18), призвів до вчинення в інтересах цієї юридичної особи кримінальних злочинів, передбачених Конвенцією, фізичною особою, що їй підпорядковується.

Беручи до уваги як п.1, так і п.2 ст.18 Конвенції, необхідно зробити висновок, що відповідальність юридичної особи повинна наступати у випадках вчинення на її користь корупційного злочину будь-яким працівником, незважаючи на те, що п.1 ст.18 намагається обмежити коло таких працівників юридичної особи. Адже факт вчинення вказаних діянь будь-яким іншим працівником, не зазначеним у п.1 даної статті Конвенції, означає, що контроль з боку керівництва юридичної особи за підлеглими був неналежний, а це згідно п.2 цієї статті все одно є підставою для настання відповідальності юридичної особи.

Ідея встановити відповідальності юридичних осіб на зразок ст.18 Кримінальної конвенції незалежно від статусу працівника, який в їх інтересах вчинює корупційний злочин, була відтворена і в законопроекті № 2114, де взагалі практично не обмежується коло суб'єктів, скоєння вказаних діянь якими, тягнуло б відповідальність такої юридичної особи. Доцільність і практичність даної ідеї є досить спірною, адже існування такого положення створить інструмент для усунення небажаних підприємств. Працюватиме він шляхом схилення (підкупом, погрозою і т.д.) до умисного вчинення одним із працівників такого підприємства корупційного злочину буцімто в інтересах юридичної особи, яку він «представляє», з послідуочим його викриттям і накладенням санкцій на таку юридичну особу. Для недопущення подібних маніпуляцій доцільно внести поправки до відповідних конвенцій. Сама ж ідея встановлення

відповідальності юридичних осіб за вчинення корупційних злочинів на їх користь є вдалою та перспективною.

На відміну від Кримінальної конвенції, Конвенція ООН проти корупції зобов'язує кожну державу-учасницю розглянути можливість вжиття законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати (ст. 20). Видається, що в умовах величезної латентності хабарництва (деякі автори, аналізуючи хабарництво серед співробітників ОВС, визначають таку латентність на рівні 95-98% [13]) заходи запропоновані в ст.20 Конвенції ООН проти корупції є досить рішучим кроком, спрямованим на боротьбу з одержанням хабара. Хоча законність такого методу, зважаючи на принципи, закріплені в Конституції України, можна оспорювати, але в умовах невідомості існуючих заходів по протидії корупції, ідея по встановленню принципово нових підходів заслуговує на увагу.

Розглянувши деякі положення ратифікованих Україною конвенцій, в яких містяться положення щодо відповідальності за хабарництво, можна зробити наступні узагальнюючі висновки. Всі названі конвенції будують свої норми на однакових принципах, з використанням однакових конструкцій і термінології. Це дозволяє констатувати, що дані акти в частині регламентації хабарництва, містять по суті тотожні положення. Також необхідно зазначити, що більшість взятих за розглянутими міжнародними договорами зобов'язань вже відображені в КК України. Але деякі з вказівок конвенцій до сих пір не були сприйняті українським законодавством. До найбільш принципових з них відносяться положення про: 1) диференціацію кримінальної відповідальності за корупцію, засновану, зокрема, на виокремленні принципово різних видів хабарництва (хабарництво за участю публічних (державних) посадових осіб (у публічному секторі) і хабарництво за участю приватних (недержавних) службових осіб (у приватному секторі)) та встановлення неоднакового рівня карності за такі діяння; 3) невизнання суспільно небезпечним одержання (дачу) вигоди за

правомірне здійснення повноважень службовою особою приватного підприємства; 4) встановлення відповідальності юридичних осіб за передбачені конвенціями злочини (зокрема за дачу хабара), вчинені на їхню користь їх працівником; 5) визнання злочином умисного незаконного збагачення тощо. Беручи до уваги значення та правовий статус конвенцій, виконання взятих за ними зобов'язань є пріоритетним для нашої Держави. Тому як мінімум не можна допускати бездіяльності в процесі імплементації конвенційних норм в національне законодавство, що простежувалася досить довгий час. А в разі невідповідності закладених в конвенціях ідей сформованому за багато років наукового пошуку вітчизняному уявленню про хабарництво, варто реалізовувати право на внесення відповідних поправок, яке передбачене нормами міжнародного права.

Як підсумок можна констатувати, що 11 вересня 2006 року є датою, з якої процес приведення українського законодавства про боротьбу з корупцією у відповідність до стандартів міжнародної спільноти отримав чітку спрямованість та став більш динамічно розвиватися, адже саме в цей день до Верховної Ради України були внесені законопроекти № 0039 (Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції), 0040 (Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією), 0041 (Про ратифікацію Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією) та законопроекти № 2112 (Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення) [14], 2113 (Про засади запобігання та протидії корупції) [15], 2114 (Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень). Висловлюємо сподівання, що кращі ідеї конвенцій знайдуть своє місце серед традиційних підходів до боротьби з корупцією та допоможуть Україні суттєво знизити рівень цього негативного явища.

Список використаних джерел:

1. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією від

04.11.1999р.//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.3660.0>

2. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27.01.1999р.// <http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.4440.0>
3. Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191) від 15.05.2003р.// <http://www.nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.4423.0>
4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 12.12.2000р.//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.4947.0>
5. Протокол проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітря, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності та Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2001р.// <http://www.nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.1901.0>
6. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 11.12.2003р.//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.4426.0>
7. Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону України "Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією" [//http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=27939&pf35401=94122](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=27939&pf35401=94122)
8. Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону України "Про ратифікацію Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією" [//http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=27941&pf35401=94124](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=27941&pf35401=94124)
9. Див. напр.: Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – С.196-197; Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М.: Юристъ, 2000. – С.194-195; Шиманський Ф.В.

Хабарництво: кримінально-правовий аналіз одержання, давання і провокації хабара. - Од.: Фенікс, 2004. – С.20-21.

10. Про Концепцію боротьби з корупцією на 1998-2005 роки: Указ Президента України від 24 квітня 1998 року № 367/98//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1082.1254.0>
11. Про Концепцію подолання корупції в Україні "На шляху до доброчесності": Указ Президента України від 11 вересня 2006 року № 742/2006//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1093.2224.0>
12. Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень: Проект Закону № 2114 від 11.09.2006р.//http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=27932
13. Шалгунова С.А. Кримінально-правові та кримінологічні заходи попередження хабарництва серед співробітників органів внутрішніх справ: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08/Національна академія внутрішніх справ України. – К., 1999. – С.7
14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Проект Закону № 2112 від 11.09.2006р.//http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=27929
15. Про засади запобігання та протидії корупції: Проект Закону від 2113 від 11.09.2006р.//
http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=27931