

Суб'єкт одержання хабара в міжнародних конвенціях та Кримінальний кодекс України

Михайленко Д.Г.

аспірант кафедри кримінального права ОНЮА

В системі міжнародного права існує значна кількість конвенцій та інших актів, що так чи інакше стосуються питань хабарництва. Ратифікованими Україною, а тому найбільш значимими з них є зокрема Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією [1] та Додатковий протокол до неї [2], Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності [3] та Протоколи до неї [4] і Конвенція ООН проти корупції [5].

В світлі наукових дискусій, які роками точаться навколо поняття службової особи, даного в примітці до ст. 364 КК України, та проблемності його застосування на практиці, важливим є дослідження існуючих міжнародних стандартів, присвячених означеному питанню. А беручи до уваги положення ст.9 Конституції України, за яким чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства, постає необхідність не тільки проаналізувати з точки зору кримінального права положення вказаних конвенцій щодо суб'єкта відповідальності за хабарництво, а й спроектувати їх на норми КК України та виявити чи є між ними неузгодженість.

Попередній аналіз норм наведених конвенцій показав, що їх основні положення, які безпосередньо стосуються хабарництва, є, за виключенням деяких редакційних відмінностей, аналогічними та відрізняються лише тим, яку кількість діянь, вони зобов'язують передбачити у внутрішньому законодавстві. Оскільки найбільш спеціальним та деталізованим з наведених актів є Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (далі - Конвенція), то при характеристиці суб'єкта хабарництва вона буде взята за основу.

Відповідно до Конвенції у публічному секторі суб'єктами одержання хабара в національному законодавстві повинні бути: 1) національна державна посадова особа (такими особами відповідно до п. а) ст.1 Конвенції є державні службовці, публічні посадові особи, мер, міністр чи суддя відповідно до їх значень у національному законодавстві) (ст. 3 Конвенції); 2) члени національних представницьких органів (ст.

4); 3) іноземні державні посадові особи (ст. 5); 4) члени іноземних представницьких органів (ст. 6); 5) посадові особи будь-якої міжнародної чи наднаціональної організації чи органу, членом якого є відповідна Сторона (ст. 9); 6) інші контрактні співробітники, за змістом положень про персонал, будь-якої міждержавної міжнародної чи наднаціональної організації чи органу, членом якого є відповідна Сторона (ст. 9); 7) будь-яка відряджена чи невідряджена особа, яка здійснює повноваження, що відповідають повноваженням посадових осіб або співробітників, зазначених у п.5 і п.6 (ст. 9); 8) члени міжнародних парламентських асамблей міжнародних або наднаціональних організацій, членом яких є відповідна Сторона (ст. 10); 9) будь-які особи, що обіймають посаду судді (ст. 11); 10) посадові особи будь-якого міжнародного суду, юрисдикцію якого визнала відповідна Сторона (ст. 11). З наведеного переліку суб'єктів одержання хабара у публічному секторі легко виявити, що особи, зазначені в п.9, повністю підпадають під поняття «національна державна посадова особа», а тому в даному випадку Конвенція допускає непотрібний повтор.

Як суб'єкти одержання хабара у приватному секторі відповідно до ст.8 Конвенції повинні бути визнані: 1) будь-які особи, які обіймають керівні посади у приватних підприємствах; та 2) будь-які особи, які працюють на таких підприємствах у будь-якій якості (тобто будь-який працівник приватної організації).

Проаналізувавши підставу визнання конкретної особи суб'єктом одержання хабара як у публічному, так і у приватному секторі, можна дійти висновку, що головним принципом, який застосовується для цього конвенціями, є принцип «фактичного зайняття посади особою» і лише особи, зазначені в п.7, визнаються суб'єктами одержання хабара за «функціональним» принципом, тобто у випадках фактичного виконання ними повноважень, притаманних суб'єктам, вказаним у п.5 і п.6 переліку. КК України, опираючись на багаторічні традиції, за основу взяв «функціональний» принцип, що дозволило сформулювати визначення суб'єкта одержання хабара (службової особи) досить лаконічно і загальним чином, чим універсвалізувати його. Єдиним недоліком цього є лише неоднакове тлумачення абстрактних положень, які застосовує український законодавець. Основним же мінусом принципу «фактичного зайняття посади» є те, що побудовані відповідно до нього норми не відзначаються універсалізмом та є занадто конкретними. Так, якщо

виникне нова посада, то для того щоб особу, яка її займає, можна було притягнути до відповідальності за хабарництво, необхідно, перевантажуючи Кримінальний закон, вносити до нього зміни, шляхом створення нової конкретної норми, чого не потрібно робити при загальному визначенні суб'єкта службового злочину через «функціональний» принцип. Крім того, в сучасних умовах тяжко передбачити у законі всіх осіб, одержання незаконної винагороди за свої дії яких є суспільно небезпечним. На підтвердження наведених аргументів проти принципу, що використовується Конвенцією для окреслення кола суб'єктів хабарництва, можна привести факт підписання наведеного вище Додаткового протоколу до неї, єдиною ціллю якого було встановлення обов'язку країн-учасниць поширити відповідальність за хабарництво на національних та іноземних арбітрів (особи, які в силу угоди запрошуються винести рішення, що має обов'язкову юридичну силу у спорі, переданому їй сторонами такої угоди (ст.1 Додаткового протоколу)) і присяжних засідателів (особи, які як члени колегіального органу, визнають вину обвинуваченої особи у ході судового процесу). Прийняття даного Додаткового протоколу було б зайвим у випадку існування загального поняття суб'єкта корупції побудованого на «функціональному» принципі, що підтверджує його переваги.

Порівнявши перелічених Кримінальною конвенцією суб'єктів одержання хабара з поняттям службової особи, даного в п.1 і п.2 примітки до ст. 364 КК України, можна стверджувати, що їх кримінальна відповідальність за одержання хабара передбачена Карним законом України. Даний висновок не стосується лише однієї категорії осіб. Так, за КК України не можна визнати службовою особою, а отже притягнути до кримінальної відповідальності за одержання хабара, кожного (будь-якого) працівника приватного підприємства, який працює на ньому у будь-якій якості, як це рекомендує Кримінальна конвенція в ст.8. Адже Кримінальний закон України визнає службовими особами лише працівників приватних підприємств, які займають посади, пов'язані із здійсненням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків чи виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням. Всі інші працівники таких підприємств не можуть нести кримінальну відповідальність за одержання хабара, оскільки Закон вважає, що така їх діяльність не становить тієї суспільної небезпеки, яка необхідна для визнання діяння злочином.

Беручи до уваги те, що п. d ст.2 і ст.19 Віденської конвенції про право міжнародних договорів [6] та ст.37 Конвенції давали праву державі лише до здачі на зберігання свого ратифікаційного документа про приєднання до Конвенції не визнавати повністю або частково у своєму національному законодавстві злочинами дії, передбачені зокрема у ст. 8 даного акту (хабарництво у приватному секторі), чого зроблено не було, незважаючи на рекомендації, викладені у висновках Головного науково-експертного управління щодо законопроектів про ратифікацію конвенцій [7], то виправити таку невідповідність КК України і Конвенції, враховуючи її правовий статус, в даний час можна лише шляхом зміни Кримінального закону або внесення згідно з ст.39 Конвенції поправки до неї, яка скоріше всього буде не узгоджуватися з уявленнями про корупцію в зарубіжних країнах.

Таким чином КК України в частині окреслення кола суб'єктів одержання хабара не відповідає Конвенції в двох аспектах: 1) не проводиться диференціація кримінальної відповідальності, шляхом виділення двох принципово різних видів хабарництва (за участю публічних (державних) посадових осіб (у публічному секторі) та за участю приватних (недержавних) службових осіб (у приватному секторі)); 2) не визнаються суб'єктами одержання хабара всі працівники приватного підприємства, які працюють на ньому у будь-якій якості. Наведені протиріччя, зважаючи на обов'язковість Конвенції, можна усунути або шляхом зміни КК України, або шляхом реалізації права на внесення поправки до Конвенції.

Список використаних джерел:

1. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27.01.1999р.// <http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.4440.0>
2. 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>
3. 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>
4. 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>

5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від

11.12.2003р.//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/show.php?uid=1014.4426.0>

6. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969

року//Відомості Верховної Ради Української РСР. -1986. - № 17. - Ст.343.

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;

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;

Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону України "Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції"

//http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=27943&pf35401=94121