

## **ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ МІЖНАРОДНИХ АНТИКОРУПЦІЙНИХ КОНВЕНЦІЙ В ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ**

*В статті аналізуються проблемні питання імплементації у вітчизняне законодавство положень ратифікованих Україною міжнародних антикорупційних конвенцій. Наводиться також досвід окремих зарубіжних держав і пропонуються шляхи удосконалення законодавства України в зазначеній сфері.*

**Ключові слова:** корупція, міжнародні антикорупційні конвенції, корупційні злочини.

*В статье анализируются проблемные вопросы имплементации в отечественное законодательство положений ратифицированных Украиной международных антикоррупционных конвенций. Также приводится опыт отдельных зарубежных государств и предлагаются пути совершенствования законодательства Украины в указанной сфере.*

**Ключевые слова:** коррупция, международные антикоррупционные конвенции, коррупционные преступления.

*The disputable issues of implementation into the national legislation of provisions of the international anti-corruption conventions ratified by Ukraine have been analysed in the article. Experience of separate foreign states has been proposed as an example, as well as the possible ways for improvement of the legislation of Ukraine in the indicated sphere.*

**Key words:** corruption, international anti-corruption conventions, corruption crimes.

Одним з наслідків глобалізації є те, що корупція набула світового масштабу. Вона перестала бути проблемою окремих держав світу. У цьому причина того, що з початку 90-х років ХХ століття світ починає застосовувати проти корупції інструменти, які мають загальний та регіональний характер. Розв'язання проблем корупції займаються ООН, Рада Європи, ЄС та інші міжнародні організації.

Норми міжнародних антитерористичних конвенцій, як правило, формулюють склади злочинів лише в загальному вигляді, залишаючи конкретизацію багатьох ознак складу на розсуд законодавця. Міжнародні антикорупційні норми не діють безпосередньо, а застосовуються шляхом їх закріплення (імплементатії) в законодавстві України про кримінальну відповідальність.

В кримінально-правовій літературі термін «імплементатія» має вужче значення і розуміється насамперед як закріплення положень міжнародно-правових актів у внутрішньому законодавстві. В літературі виділяють три способи імплементатії: інкорпорація, трансформація і відсилання. Як справедливо вказує В. П. Коняхін, «спосіб імплементатії повинен залежати від ступеня категоричності міжнародних норм і ступеня адекватності їх змісту вже сформованій системі внутрішньодержавного законодавства про кримінальну відповідальність<sup>1</sup>. Як відзначалося ще в пояснювальній записці до проекту Закону України «Про деякі питання запобігання та протидії корупції», вимоги міжнародно-правових актів, положення актів іноземних держав чи міжнародних організацій з питань протидії корупції мають не механічно відтворюватись в українському законодавстві, а імплементуватись з урахуванням специфіки, традицій законотворення та внутрішньої структури цього законодавства. Тому автоматичне перенесення формулювань міжнародних документів в КК України може зруйнувати його усталену структуру і дезорієнтувати правозастосовувача, спрямувати кримінально-правову науку і практику хибним шляхом. Необхідним є відображення у вітчизняному законодавстві концептуальних ідей міжнародних антикорупційних документів, а також створення умов для ефективного співробітництва держав у антикорупційній сфері.

Виходячи з аналізу положень міжнародних антикорупційних конвенцій, можна зробити висновок про те, що в них закріплений єдиний підхід до корупційних злочинів у приватному та публічному секторах. Проблема так званої «приватної» корупції є особливо гострою на даному етапі в Україні. Зокрема, це діяльність акціонерних товариств, у формі яких сьогодні існує більшість великих підприємств, в тому числі і з державною участю. Більшість промислових підприємств, які формально і фактично збереглися після приватизації, прийняла цю організаційно-правову форму.

Кримінальний кодекс України у зв'язку з внесеними змінами і доповненнями згідно Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 р. (прийнятий у зв'язку з ратифікацією антикорупційних угод) сприйняв концепцію про неприпустимість ототожнення публічної (державної) служби та служби в комерційних організаціях, а отже, про різну соціальну сутність злочинів, що вчиняються державними (муніципальними) службовими особами і так званими службовими особами юридичних осіб приватного права. Загальносвітовою тенденцією є розширення поняття суб'єкта службового злочину, але в КК України концепція суб'єкта службових злочинів будується через поняття «службова особа» з дуже вузькими тлумаченнями. В той же час у більшості міжнародних документів йдеться про публічного службовця, а не про службову (посадову) особу, що не одне і те саме.

При порівнянні норм КК України згідно внесених змін про відповідальність за «державну» і «приватну» корупцію звертає на себе увагу помітна різниця в оцінці законодавцем відповідних діянь службових осіб «публічного» і приватного права. Закон значно суворіший до перших і помітно ліберальніший до других. Достатньо порівняти санкції однотипних складів злочинів в розділах VII-А та XVII КК. Максимальне покарання за некваліфікований склад комерційного підкупу (ч. 1 ст. 235-4 КК України) становить обмеження волі на строк до двох років, в той час як за давання хабара службовим особам «публічного» права (ч. 2 ст. 369 КК України) – обмеження волі на строк від двох до п'яти років.

Слід відзначити, що ратифіковані Україною базові міжнародні антикорупційні конвенції, а саме – Конвенція ООН проти корупції 2003 р. і Кримінальна конвенція Ради Європи про боротьбу з корупцією 1999 р. – значно ширше, ніж КК України, визначають поняття суб'єкта відповідальності за підкуп у приватному секторі. Суб'єкти «приватної» корупції відповідно до зазначених конвенцій – це будь-які працівники підприємств приватного сектору (ст. 7 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією 1999 р., ст. 21 Конвенції ООН проти корупції 2003 р.). Порівняння формулювань, що містяться в обох зазначених міжнародних конвенціях та в КК України, показує, що відповідальність за комерційний підкуп, передбачена ст. 235-4 КК України, де-що вужча за змістом від положень про відповідальність за «підкуп у приватному секторі», які містяться в зазначених міжнародних антикорупційних конвенціях. Зокрема, згідно з положеннями даних конвенцій до злочинів належить обіцянка передати предмет підкупу у приватному секторі, що Кримінальним кодексом України (ст. 235-4 «Комерційний підкуп») згідно внесених змін розцінюється як кримінально некаране готування до злочину невеликої тяжкості. Слід зауважити, що відповідно до положень зазначених конвенцій (п. 1 ст. 37 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією 1999 р., ст. 21 Конвенції ООН проти корупції 2003 р.) криміналізація зазначених вище корупційних дій у приватному секторі не є обов'язковою при присудненні до даних міжнародних документів.

В теорії кримінального права обіцянка хабара, поряд з іншими діями, що створюють умови для одержання і давання хабара, виділяється як типовий випадок готування до хабарництва. Згідно з ч. 2 ст. 14 КК України готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності. Таким чином, відповідно до внесених змін у КК України кримінальна відповідальність за обіцянку хабара можлива лише при кваліфікованому хабарництві (ч. 3, 4, 5 ст. 369 «Пропозиція або давання хабара» КК України).

Під підкупом як злочином міжнародні антикорупційні конвенції розуміють не лише дії по даванню-одержанню хабара, але і обіцянку, пропозицію неналежної переваги в активному підкупі і, відповідно, прийняття обіцянки та пропозиції в пасивному підкупі (ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, ст. 2, 3 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, ст. 8 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності). Згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

відповідальності за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 р. назва ст. 369 КК України викладена в новій редакції – «Пропозиція або давання хабара», тобто кримінально караною визнається і пропозиція хабара.

Викликає інтерес у цьому зв'язку досвід держав, що внесли у своє законодавство про кримінальну відповідальність зміни у зв'язку з ратифікацією європейської антикорупційної конвенції. Зокрема, латвійський законодавець розширив у КК поняття хабарництва і комерційного підкупу за рахунок включення в об'єктивну сторону відповідних складів злочинів «пропозиції хабара (предмета комерційного підкупу)» і «прийняття пропозиції». Поняття хабара і предмета комерційного підкупу також зазнало певних змін: крім матеріальних цінностей та майнових благ у якості таких можуть виступати і «інші блага» (ст. 198, 199, 320, 321 Кримінального закону Латвійської Республіки). Таким чином, не зовсім зрозуміле в такому випадку ігнорування вітчизняним законодавцем приписів Конвенції ООН проти корупції і Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією про обов'язкову криміналізацію обіцянки неправомірної переваги. Потребують змін ст. 368, 369, 370 КК України, які визнають предметом корупційних злочинів виключно хабар, хоч відповідно до ратифікованих Україною міжнародних антикорупційних документів у зазначених випадках таким предметом виступає будь-яка неправомірна перевага, що значно розширює підхід до розуміння предмета таких злочинів.

В п. 1 ст. 37 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією 1999 р. зазначається, що будь-яка держава під час підписання або здачі на зберігання своєї ратифікаційної грамоти або свого документа про прийняття, затвердження чи приєднання може залишити за собою право не визнавати повністю або частково у своєму національному законодавстві кримінальними злочинами дії, згадані у статтях 4 (хабарництво членів національних представницьких органів), 6–8 (хабарництво членів іноземних представницьких органів, давання хабара у приватному секторі, одержання хабара у приватному секторі), 10 (хабарництво членів міжнародних парламентських асамблей) і 12 (зловживання впливом), або злочини, що пов'язані з одержанням хабара і визначені у ст. 5 (хабарництво іноземних державних посадових осіб). Про рекомендаційний характер окремих положень щодо криміналізації певних корупційних дій свідчать такі формули, що використовуються в антикорупційній конвенції ООН 2003 р.: «кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином...»; «за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином...».

Узагальнюючи, можна на підставі аналізу положень, що містяться у Конвенції ООН проти корупції і Кримінальній конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, виділити два види міжнародних приписів: 1) імперативні приписи про обов'язкову криміналізацію діянь, в яких зосереджена сама сутність корупції (підкуп національних державних посадових осіб; підкуп іноземних державних посадових осіб і посадових осіб міжнародних міждержавних ор-

ганізацій; розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою, перешкоджання здійсненню правосуддя – ст. 15–17, 25 Конвенції ООН проти корупції; давання хабара національним державним посадовим особам; одержання хабара національними державними посадовими особами; хабарництво посадових осіб міжнародних організацій; відмивання доходів, отриманих від злочинів, пов'язаних із корупцією – ст. 2, 3, 9 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією; 2) рекомендаційні положення, що описують альтернативні склади корупційних злочинів, відаючи їх криміналізацію на розсуд законодавця (наприклад, зловживання впливом, незаконне збагачення, підкуп у приватному секторі, розкрадання майна в приватному секторі, приховування, зловживання службовим становищем, зловживання впливом – ст. 18–22 Конвенції ООН проти корупції).

Відповідно до положень Лімської антикорупційної декларації ООН 1997 р. держави повинні зобов'язати осіб, що займають виборні пости (та їхні родини) пояснювати зростання доходів, які перевищують законні джерела прибутку. Особливий інтерес у цьому зв'язку викликає доповнення КК України ст. 368-1 «Незаконне збагачення», ч. 1 якої містить таку диспозицію: «Одержання службовою особою неправомірної вигоди або передача нею такої вигоди близьким родичам (незаконне збагачення)...». Особливості визначення ознак цього злочину, безперечно, створюватимуть складнощі на практиці при відмежуванні цього злочину від такого злочину, як одержання хабара (ст. 368).

Слід зазначити, що, зокрема, Кримінальний кодекс ФРН не передбачає кримінальної відповідальності тільки за одержання службовою особою неправомірної вигоди або передача нею такої вигоди близьким родичам, які згідно з внесеними до КК України змінами визнаються злочинними (ст. 368-1 «Незаконне збагачення» КК України). Аналізуючи § 332, 334 КК ФРН та рішення Верховного Суду ФРН у справах про хабарництво, можна дійти висновку, що відповідно до їх положень вимагається визначеність дій, які будуть або вже вжиті для забезпечення отриманої неправомірної вигоди. Подарунки службовій особі, в основі яких відсутня будь-яка конкретна угода між тим, хто дав хабара, і отримувачем хабара, не карані, навіть якщо вони здійснювалися з огляду на службове становище даної особи або для того, щоб добитися загальної прихильності службової особи<sup>2</sup>. Крім того, зі змісту положень Конвенції ООН проти корупції випливає, що припис про визнання державою незаконно збагачення як кримінального караного діяння має виключно рекомендаційний характер: «За умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких 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). Звідси випливає, що при можливому притягненні до відповідальності за незаконне збагачення ніби презюмується походження доходів посадової особи внаслідок вчинення корупційного діяння.

Слід зазначити, що, як і більшість інших принципів кримінального права, принцип презумпції невинуватості не є абсолютним і може бути підданий певним обмеженням з боку законодавця. Такий підхід підкріплений положеннями загальноєвропейських міжнародних антикорупційних угод. Презумпція невинуватості не заважає покладенню на обвинуваченого тягаря доказування обставин, що виключають злочинний характер значного збільшення активів службової особи під час перебування на своїй посаді. Про це свідчить досвід багатьох держав світу. Зокрема, у ст. 393 КК КНР зазначається: «При очевидному перевищенні законних прибутків на значну суму власності чи витрат державних працівників можна вимагати пояснення їх джерела. Державний працівник, який не зміг пояснити їх джерела, карається позбавленням волі на строк до п'яти років або арештом, різниця в сумах розглядається як незаконний дохід; частина власності, що перевищує законну, вилучається»<sup>3</sup>.

В законодавстві деяких зарубіжних держав встановлений різний ступінь караності за хабарництво залежно від того, чи був отриманий хабар за дії законні чи незаконні. Кримінально-правове значення може мати те, чи був отриманий хабар до виконання обіцяних дій чи після них. Зокрема, при встановленні кримінальної відповідальності за одержання і давання хабара законодавство про кримінальну відповідальність ФРН надає вирішального значення тому, чи йдеться про виконання за хабар цілком законних дій, що входять в коло обов'язків даної службової особи, або ж про виконання незаконних дій, які йдуть врозріз із посадовими обов'язками того, хто бере хабар. Такий підхід враховує різний ступінь суспільної небезпечності вказаних дій. У ч. 1 ст. 368 КК України не проводиться такого розмежування: «одержання службовою особою в будь-якому вигляді хабаря за виконання чи невиконання... будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища».

У Швейцарії в 2000 р. набули чинності поправки до положень кримінального законодавства, що стосуються корупції. Зокрема, законодавство про кримінальну відповідальність цієї держави передбачає однакові санкції як за отримання хабарів, так і за їх давання, що, на наш погляд, заслуговує вивчення з боку вітчизняного законодавця в контексті перегляду концепції вітчизняного антикорупційного законодавства, яка, зокрема, передбачала б однаковий ступінь вини як того, хто одержав хабар, так і того, хто його дав. В рамках зазначеної концепції з метою ефективної протидії корупції в сучасних умовах потребує перегляду підхід, що визнає «абсолютну» вину виключно одержувача хабара. Як слушно зазначає О. М. Костенко, в сучасних підходах у протидії корупції має місце недооцінка такого фактора корупції, як корупційна активність громадян-хабародавців. Ця активність є породженням низького рівня правової культури громадян. Тому без формування такої культури у громадян, що є основою кримінологічної безпеки у суспільстві (як найважливішого елемента національної безпеки), жодні антикорупційні реформи кримінальної юстиції не будуть ефективними<sup>4</sup>.

Отже, підсумовуючи, слід зазначити, що міжнародний характер корупції обумовлює необхідність тісного міжнародного співробітництва держав у антикорупційній сфері. Таке співробітництво вимагає уніфікованих підходів до ро-

зуміння сутності корупційних злочинів у законодавстві держав. Норми розглянутих міжнародних антикорупційних конвенцій стосовно криміналізації корупційних діянь є достатньо гнучкими, що дозволяє врахувати особливості вітчизняної правової системи, правових традицій, класичні положення національного кримінального права тощо. В міжнародних антикорупційних документах чітко виражений акцент на заходи запобігання корупції, у зв'язку з чим вимагають перегляду існуючі моделі протидії корупції в Україні, які закріплюють «абсолютну» вину того, хто бере хабар, а тому є неефективними.

1. *Коняхин В. П.* Теоретические основы построения общей части российского уголовного права. – СПб., 2002. – С. 99. 2. *Жалинский А. Э.* Современное немецкое уголовное право. – М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. – С. 519. 3. *Ахметшин Х. М., Ахметшин Н. Х., Петухов А. А.* Современное уголовное законодательство КНР. – М., 2000. – С. 393. 4. *Костенко О. М.* Наука проти корупції (концепція «активної юстиції» у протидії корупції). – Режим доступу: <http://narodna.pravda.com.ua/politics/49ba105b84b43/>