

Яковлева Діана Віталіївна, адвокат-партнер юридичної компанії

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ КОНВЕНЦІЇ ООН ПРОТИ КОРУПЦІЇ
В НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО НА ПРИКЛАДІ
СТ. 191 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ:
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

9 грудня, за ініціативою ООН, святкується як Міжнародний день боротьби з корупцією.

Приводом, що передував святкуванню, стало підписання міжнародною спільнотою 9 грудня 2003 року в м. Меріда (Мексика) Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції - найбільш змістовного міжнародного акту, спрямованого на попередження та боротьбу з корупцією, як у світовому так і у національному масштабі.

Так, у Преамбулі Конвенції державами-учасницями закріплено позицію, що у зв'язку із тим, корупція у сучасному світі перетворилась із явища локального в явище транснаціональне, яке впливає на суспільства й економіки всіх країн, беручи до уваги, що запобігати корупції та викорінювати її - це обов'язок усіх держав, державами-учасницями розроблено та закріплено пакет стандартів, заходів та правил, які всі країни можуть застосувати для зміцнення своїх правових норм та режимів державного регулювання у сфері боротьби з корупцією.

Разом з тим, попри доволі інноваційний підхід, дана Конвенція, як і більшість інших міжнародних угод, не є панацеєю сама по собі. Системний аналіз тексту Конвенції свідчить про те, що більшість її норм не є нормами прямої дії, а тому кожна з держав-учасниць не позбавлена можливості імплементувати вимоги Конвенції у систему національного законодавства в декілька рівнів.

Така гнучкість в частині встановлення обов'язків для держав-учасниць щодо виконання умов Конвенції є підтвердженням тому, що тільки виважений та відповідальний підхід держави до перетворення вимог обумовленої угоди в площину існуючих механізмів, напрацьованих для врегулювання певних відносин, міг би створити ефективне підґрунтя для очищення дерева від отруйних плодів, з одночасним оновленням системи під існуючий соціальний запит.

Однак, час наочно демонструє, що не завжди так гарно робиться, як про те пишеться.

Зокрема, загальновідомим фактом є те, що Україною Конвенція ООН проти корупції була ратифікована 18.10.2006 р. та набрала чинності 01.01.2010 р.

В свою чергу, декларуючи у Конвенції високі

Зокрема, як вже відзначалось науковцями [1], схвалена у вересні 2006 р. Указом Президента України Концепція подолання корупції в Україні «На шляху до доброчинності» на період до 2010 р. [2] не надала бажаного результату у спрямуванні діяльності держави на створення запобіжників виникнення корупції та методологію її виявлення. Ухвалений 11 червня 2009 р. Верховною Радою України пакет нових антикорупційних законів «Про засади запобігання та протидії корупції» [3], «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», які набули чинності з 18 липня 2009 р. і повинні були вступити в силу з 1 квітня 2010 р. Однак Верховна Рада України прийняла рішення про перенесення дати введення цих законів у силу спочатку на 1 квітня 2010 р., а потім на 1 січня 2011 р., а в грудні 2010 р. взагалі їх скасувала [4].

Всі подальші кроки уряду України вибудувати систему антикорупційного законодавства, на мою думку, як особи, яка що ні день, то працює із законом «на передовій», призвели до надмірно розгалуженого кола суб'єктів протидії корупції; безсистемного віднесення кримінальним кодексом певного переліку злочинів до кола корупційних; безпідставного кримінального переслідування осіб, що за ознаками суб'єкта злочину відповідають ст. 18 КК України, однак, не узгоджуються із приміткою до ст. 364 КК України; безпідставного обмеження конституційних прав особи, яка тільки перебуває на стадії притягнення особи до відповідальності за інкримінованими «корупційними» правопорушеннями в процесуальному аспекті, тощо.

Разом з тим, оскільки моєю темою є імплементація Конвенції ООН в національне законодавство України на прикладі ст. 191 КК України, хотілось би звернути більшу увагу саме на цей склад кримінального правопорушення.

Так, приміткою до ст. 45 ККУ визначено, що корупційними злочинами, відносно якого законодавець не допускає звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із дійовим каяттям, є злочин, передбачений ст. 191 ККУ, якщо він вчинений шляхом зловживання службовим становищем.

В свою чергу, ст. 191 ККУ, про яку йде мова, структурно розміщена у розділі VI «Злочини проти власності» та носить назву «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем».

Зважаючи на структурне визначення цього складу злочину, декілька років своєї практики я сприймала ст. 191 ККУ виключно як злочин проти власності.

Вперше, мою увагу на те, що привласнення, розтрата або заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем є корупційним злочином, - звернув прокурор в межах розгляду клопотання про накладення арешту на майно мого підзахисного, де, відповідно, посилався саме на примітку до ст. 45 ККУ, як на одну із підстав для необхідності застосування до особи заходів забезпечення кримінального провадження.

Звернувшись до відповідної норми, я була в деякому ступені здивована, а тому вирішила заглибитись у вивчення окресленого питання.

Яку проблему я бачу у цьому напрямку: перш за все, це суто формальний підхід нашої країни до імплементації вимог Конвенції в національне законодавство.

Чому я так вважаю?

Як вже відзначалось вище, ст. 191 ККУ зберегла свою цноту і не зазнала жодних втручань законодавця впродовж цих 18 років.

Натомість, такий вдалий підбір кваліфікуючих ознак як «привласнення, розтрата майна», «заволодіння майном» та ще й «шляхом зловживання службовим становищем» зробили із зазначеної статті «жертву стандартів», внаслідок «швидкої розправи» над якою Україна, як держава-учасниця, демонструвала міжнародній спільноті свою почуту увагу до проблем із корупцією та початок імплементації норм Конвенції до національного законодавства.

Що ж зробив законодавець? Може розробив прозору стратегію, якою розмежовано поняття корупції у приватному секторі та державному? Може чітко визначив злочин проти якої власності визнається у статті 191 корупційним? А може вжив заходів, спрямованих на систематизацію та гармонізацію законодавства, в частині виокремлення тих суспільно небезпечних дій, що вже перебували у кримінальному кодексі та містили корупційну складову, у окремий розділ?

Ні, мабуть, надмірна гострота проблеми не надала Україні такої можливості, а тому у 2014 році законодавець просто обмежився внесенням змін до кримінального кодексу, шляхом прийняття Закону № 1698-УІ від 14.10.2014 р., після чого у системі кримінального законодавства з'явилась така проста і невимовно чарівна примітка.

Разом з тим, примітка до ст. 45 ККУ окреслила, що ст. 191 ККУ є корупційним злочином тільки якщо він

може бути суб'єктом злочину службова особа юридичної особи приватного права, в контексті положень ст. 5 ККУ?

Міркуючи на цю тему, одразу ж наводжу приклад по тій самій ситуації.

Так, прокурор посилався на те, що суб'єктом відповідальності за ч. 5 ст. 191 ККУ є службова особа, визначення якої наведено у ч. 3 ст. 18 ККУ України.

Я із такою позицією категорично не погодилась і не погоджуюсь по теперішній час. Свою позицію мотивую наступним:

У відповідності до ч. 2 ст. 5 ККУ закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної сили у часі.

Оскільки обмеження законодавцем у звільненні від відповідальності, фактично, є проявом погіршення стану особи, та у зв'язку з тим, що корупційним злочином ст. 191 ККУ визначено аж у 2014 році, суб'єкт злочину має визначатись за тою кваліфікуючою ознакою, що зробило це діяння корупційним, а саме за ознакою зловживання службовим становищем.

Відсутність законодавчо закріпленого визначення переліку дій, що визнаються кримінально караними в аспекті зловживання службовим становищем, за загальним правилом, виключають злочинність діяння.

З цих підстав, єдиним місцем, де законодавець надав роз'яснення тому що саме розуміється під зловживанням службовим становищем є ст. 364 ККУ та примітка до неї.

Так, ч. 1 ст. 364 ККУ визначено, що зловживання службовим становищем є умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою службового становища всупереч інтересам служби.

В свою чергу, суб'єктом злочину ст. 364 ККУ, у відповідності до ч. 1 примітки до ст. 364 ККУ є службові особи, тобто, особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних 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

особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

Таким чином, з наведеного вище можна зробити висновок, що суб'єктом відповідальності, щодо якого характерно зловживання службовим становищем може бути і службова особа юридичної особи приватного права, однак, за умови якщо в статутному капіталі такої юридичної особи міститься державна або комунальна частка власності у розмірі, що становить 50 або більше відсотків.

Відповідальність службової особи приватного права у чистому вигляді виключається з огляду на неможливість ідентифікувати злочинні ознаки відповідної дії.

Пропоную співставити запропонований мною підхід із положеннями Конвенції.

Тақ, хоч ч. 2 ст. 3 Конвенції визначено, що з метою реалізації цієї Конвенції, якщо в ній не передбачено інше, не обов'язково, щоб у результаті вчинення зазначених у ній злочинів були завдані збитки або шкода державному майну [5].

Однак, системний аналіз норм Конвенції свідчить про те, що обов'язковій криміналізації підлягають тільки наступні правопорушення: підкуп національних посадових осіб (ст. 15); підкуп іноземних посадових осіб або посадових осіб міжнародних організацій (ч. 1 ст. 16); розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою (ст. 17); незаконне збагачення (ст. 20) (із можливістю ухилення від виконання); відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом (ст. 23); перешкоджання здійсненню правосуддя (ст. 25); участь і замах (ст. 27).

Приймаючи до уваги вищевикладене, та звітуючи про імплементацію положень Конвенції до національного законодавства, об'єктивним є твердження про те, що шляхом внесення локальних змін до законодавства в корупційному аспекті криміналізувалася та сама ст. 191 ККУ, як логічний прояв виконання вимоги ст. 17 Конвенції.

Така моя думка підтверджується таблицею, розміщеною на офіційному сайті Центру політико-правових реформ [7] та в межах якої зазначено, що ст. 191 ККУ була гармонізована зі ст. 17, та 22 Конвенції.

Разом з тим, особисто я не підтримую думку щодо того, що до ст. 191 ККУ було імплементовано і норми ст. 22 Конвенції, зокрема з наступних підстав:

у приватному секторі, як запобігачому фактору, що має передувати вжиттю більш жорстких заходів.

Так, ч. 1, 2 ст. 12 Конвенції рекомендовано державам-учасницям вжити заходів, спрямованих на запобігання корупції в приватному секторі шляхом посилення стандартів бухгалтерського обліку та аудиту в приватному секторі та, (прошу зауважити) у належних випадках, установити ефективні, відповідні і такі, що стримують, цивільно-правові, адміністративні або кримінальні санкції за нежиття таких заходів.

Саме з цих підстав, як на мою думку, питання криміналізації ст. 22 Конвенції залишено на розсуд держав-учасниць, тобто, з метою забезпечення можливості для підписантів спершу створити необхідне підґрунтя, а потім вже карати за «гру поза правилами».

Приймаючи до уваги вищевикладене, очевидним є те, що ст. 191 ККУ України не могла зазнати одночасної гармонізації за двома статтями, що регулюють зовсім різні сфери.

Розкрадання майна, наведене у ст. 22 Конвенції, на мою думку, суто за семантичними ознаками, може розцінюватись як привласнення і розтрата майна, однак, у співставленні із викладом ст. 191 ККУ - тоді не знаходить свого підтвердження така кваліфікуюча ознака як «заволодіння майном».

Причому, звертаю увагу на те, що саме ця ознака виділена окремо навіть у самій гіпотезі ст. 191 ККУ.

Без чіткого уявлення чи включається «заволодіння майном» в розкрадання в розумінні конвенції, в національному законодавстві розкрадання могло б бути розцінено як частина 1 ст. 191 ККУ, однак, таке припущення вступає у суперечність із приміткою до ст. 45 ККУ, а тому спростовується, зокрема, з огляду на вищевикладене.

Таким чином, приймаючи до уваги вищевикладене, вважаю доведеним, що об'єктивній імплементації на сьогоднішній день було піддано тільки ст. 17 Конвенції, суб'єктом якої, як бачимо, є державна посадова особа.

В свою чергу, поняття «державна посадова особа» визначається п. «а» ст. 2 Конвенції тлумачиться за змістом визначення «державного службовця», «публічної посадової особи», «мера», «міністра» чи «судді» у національному законодавстві та у кримінальному праві держави, де відповідна особа виконує такі функції.

З огляду на таке визначення Конвенцією, не буде помилковим стверджувати, що в контексті ст. 191 ККУ на теперішній час для розуміння суб'єкту кримінального правопорушення та такої кваліфікуючої ознаки як

щодо опрацювання проблемних питань у приватно правовому секторі з визначеними відповідними етапами реалізації такої стратегії, а також комплексне внесення змін до кримінального кодексу.

Виважений та раціональний підхід у наведеному напрямку може стати рушійним важелем, якого країні не вистало довгі роки та як наслідок призвести до суттєвого підвищення правосвідомості громадян, як членів правової держави, якою себе, поки що тільки називає, Україна.

Список використаних джерел

1. Проблеми та суперечності реалізації антикорупційної політики в Україні: Василь Купрійчук. Режим доступу: <http://visnyk.academy.gov.ua/wp-content/uploads/2013/11/2011-3-15.pdf>.

2. Про Концепцію подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності»: Указ Президента України від 11 верес. 2006 р. № 742. - Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/4908.html>.

3. Закон України про засади запобігання та протидії корупції // Офіц. вісн. України. - 2009. - № 53. - С. 1822.

4. Закон України про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції. - Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/12835.html>.

5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції. - Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_c16.

6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення. - Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17>.