ПРИВЕДЕНИЕ НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ В СООТВЕТСТВИЕ СО СТАНДАРТАМИ УГОЛОВНОЙ КОНВЕНЦИИ О БОРЬБЕ С КОРРУПЦИЕЙ: ТЕКУЩИЕ РЕАЛИИ

Владимир Иванцов

кандидат юридических наук, доцент кафедры административной деятельности ОВД
Харьковского национального университета внутренних дел

SUMMARY

The article analyzes the provisions of the Criminal Convention against Corruption, as well as evaluation report GRECO, which makes recommendations to bring domestic legislation in line with the provisions of the Convention in the light of national law before and after the adoption Ukraine Law "On amendments to some legislative acts of Ukraine concerning the bringing national legislation into conformity with the standards of the Criminal convention against corruption ". As a consequence, it is proved that the legislator made changes aimed at implementing the provisions of the Criminal convention against corruption is not possible to consider fully justified.

Keywords: corruption, bribe, the assessment report, the criminal convention criminal law

АННОТАЦИЯ

В статье проанализированы положения Уголовной конвенции о борьбе с коррупцией, а также Оценочный отчет GRECO, где сформулированы рекомендации по приведению отечественного законодательства в соответствие с положениями указанной конвенции сквозь призму национального законодательства до и после принятия Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно приведения национального законодательства в соответствие со стандартами Уголовной конвенции о борьбе с коррупцией». Как следствие, доказано, что принятые законодателем изменения, направленные на имплементацию положений Уголовной конвенции о борьбе с коррупцией, не можно считать полной мере оправданными.

Ключевые слова: коррупция, взятка, оценочный отчет, уголовная конвенция, уголовное законодательство.

Постановка проблемы. Антикоррупционная реформа в Украине началась еще с 2002 года, когда после заседания Координационного комитета по борьбе с коррупцией и организованной преступностью при Президенте Украины, было дано поручение разработать проект Закона о принципах предотвращения и противодействия коррупции. 12 декабря 2003 г. Украина подписала Конвенцию ООН против коррупции [1] и

Уголовное конвенцию о борьбе с коррупцией [2] (Конвенция). Присоединившись к указанным конвенциям Украина взяла на себя обязательства содействовать принятию и укреплению мер, направленных на более эффективное и действенное предупреждение коррупции и борьбу с ней, а также реформировать свое законодательство в данной сфере. В результате, 7 апреля 2011 г. Верховная Рада Украины приняла Закон Украины «Про засади запобігання і протидії корупції» [3].

Состояние исследования. Вопросам борьбы с коррупцией уделили свое внимание К. М. Абдиев, Л. Ю. Аркуша, Л. В. Астафьев, Б. В. Волженкин, Н. И. Мельник, М. Й. Коржанский, Е. В. Невмержицкий, М. И. Хавронюк, С. А. Шатрава и др. Непосредственно аспектам юридической ответственности как средства противодействия (борьбы) с коррупцией посвятили свои исследования С. Н. Климова, Н. М. Мужикова, Н. А. Тучак, А. В. Терещук).

Актуальность темы исследования. В то же время, приходится констатировать, что реформирование отечественного антикоррупционного законодательства является незавершенным, а отдельные положения законодательства не соответствуют в полной мере мировым антикоррупционным стандартам, о чем свидетельствуют выводы различных международных институтов. Так, в рекомендациях Группы государств Совета Европы против коррупции (GRECO), предоставленных по результатам третьего раунда оценки соответствующего отчета, утвержденном на 52-м пленарном заседании 17-21 октября 2011 г. [4] (далее – Оценочный отчет), высказан ряд существенных замечаний относительно отечественного уголовного законодательства, которое устанавливает ответственность за совершение коррупционных деяний в результате чего 18 апреля 2013 г. принят Закон Украины «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» [5] (Закон 221-VII).

Цель статьи, как следствие, заключается в установлении обоснованности принятия изменений по приведению национального законодательства в соответствие со стандартами Уголовной конвенции о борьбе с коррупцией. Для достижения данной цели представляется необходимым изучить положения указанной Конвенции, а также Оценочный отчет GRECO, где сформулированы рекомендации по приведению отечественного законодательства в соответствие с положениями первой, сквозь призму национального законодательства до и после принятия Закона 221-VII.

Изложение основного материала. Проанализировав положения указанных документов, можем отметить следующее.

1. Перед реформой законодательства общие положения о взяточничестве в публичном секторе применялись и к взяточничеству в частном секторе, поскольку определение «должностного лица» согласно п. 1 Примечания к ст. 364 Уголовного кодекса Украины [6] (далее – УК) включает лиц, занимающих определенные должности в частных предприятиях. Для сравнения отметим, что в результате изменений 2011 года, взяточничество лиц, которые не являются публичными служащими, криминализированны двумя конкретными статьями: 368-3 та 368-4 УК. Согласно действующему законодательству частные предприниматели, которые не имеют статуса юридического лица, не являются субъектом преступления по ст. 368-3 УК. Взяточничество лиц, работающих на предприятиях без статуса юридического лица, криминализированно только при условии, что они предоставляют публичные услуги в понимании статьи 368-4 УК. Более того, органы власти указывают, что определение «должностного лица» в статье 368-3 УК соотносится с определением, приведенным в статье 18 УК. Последнее включает лиц, выполняющих организационно-распорядительные и административно-хозяйственные функции по специальному полномочию, которым лицо наделяется полномочным органом или уполномоченным лицом предприятия, учреждения, организации. Лица, которые не выполняют такие функции, не являются субъектом преступления по ст. 368-3 УК. В свою очередь, ст.ст. 7 и 8 Конвенции однозначно указывают на «всех лиц, занимающих руководящие должности в частных предприятиях или работающих в них в любом качестве» без каких-либо ограничений в функциях или обязанностях такого лица или отсутствия либо наличия статуса юридического лица у соответствующего предприятия (включая предприятия без статуса юридического лица). Как следствие, GRECO рекомендовала внести изменения в действующее уголовное законодательство в части, касающейся взяточничества в частном секторе, чтобы круг субъектов ответственности четко включал в себя все категории лиц, занимающих руководящие должности в частных предприятиях или работающих на них в любом качестве, как это предусмотрено ст.ст. 7 и 8 Конвенции (п. 60, рекомендация (далее – рек.) I п. 76 Оценочного отчета). В свою очередь принятия Закона 221-VII не обеспечило выполнение соответствующей рекомендации.

2. Согласно Оценочного отчета GRECO имела серьезные сомнения, что ст. 14 и 15 УК однозначно охватывают обещание, истребование и принятие предложения или обещания, как это определено в статьях 2, 3, 7, 8 и 12 Конвенции. В частности, согласно этим положениям ответственность за неоконченные преступления наступает только в случае, если правонарушитель добровольно не отказался от доведения преступления до

конца (ст. 17 УК). Это условие почти наверняка не будет выполнено в случаях, когда лицо отказывается от своего предложения или обещания, то есть раньше, чем ей четко откажет получатель взятки.

Приготовление к преступлению небольшой тяжести не влечет за собой уголовной ответственности, и поэтому ст. 14 УК применяют в случаях совершения взяточничества при отсутствии отягчающих обстоятельств. Наконец, GRECO подчеркнула, что согласно Конвенции коррупционные правонарушения должны считаться завершенными преступлениям с момента совершения любого из указанных выше односторонних действий как со стороны лица, которое дает взятку, так и со стороны лица, которое ее получает. Поэтому GRECO заняла позицию, согласно которой обещание, истребование и получение предложения или обещания необходимо в прямой форме криминализировать, с целью четкого обозначения таких действий в качестве уголовно наказуемых, и применять к ним те же правила, которые применяются к даче, предложению и получению взятки. В свете приведенного, GRECO рекомендовала дополнить положения УК в части, касающейся активного и пассивного взяточничества и злоупотребления влиянием такими понятиями как «обещание» и «истребование» выгоды, а также «принятие предложения или обещания» (п. 63, рек. II п. 76 Оценочного отчета). Указанная рекомендация GRECO в связи с принятием Закона 221-VII выполнена частично. Так, в соответствии с действующей ст. 368 УК предусмотрена ответственность за принятие предложения или обещания предоставить неправомерную выгоду. В то время как размер санкции за совершение данного деяния не дает возможности отнести их даже к средней тяжести преступлений.

3. Согласно Оценочного отчета понятие «неправомерная выгода», как ее понимает Конвенция, непоследовательно переносилась в соответствующие положения УК. Так, в ст.ст. 368 и 369 УК использовалось понятие «взятка», которое не определено законом. При этом, как предусмотрено п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Украины «Про судову практику у справах про хабарництво» от 26 апреля 2002 г. № 5 [7], предмет взятки имеет исключительно имущественный характер. Им могут быть имущество (деньги, ценности и другие вещи), право на него (документы, которые дают право получить имущество, пользоваться им или требовать выполнения обязательств и т.п.), любые действия имущественного характера (передача имущественных выгод, отказ от них, отказ от прав на имущество, безвозмездное предоставление услуг, санаторных или туристических путевок, проведение строительных или ремонтных работ и т.п.). Услуги, льготы и преимущества, не имеющие имущественного характера (похвальные

характеристики или выступление в прессе, предоставление престижной работы и т.п.), не могут признаваться предметом взятки.

Однако, в соответствующих положениях УК относительно взяточничества и злоупотребления влиянием в частном секторе применяется понятие «неправомерная выгода» (примечание к ст. 364-1 УК). Данное понятие охватывает денежные средства или иное имущество, преимущества, льготы, услуги, нематериальные активы, которые без законных на то оснований обещают, предлагают, предоставляют или получают бесплатно или по цене ниже минимальной рыночной.

Таким образом, положения закона об уголовной ответственности по взяточничеству и злоупотребления влиянием в частном секторе содержали понятие значительно шире по своему содержанию (неправомерная выгода) по сравнению с соответствующим положением в публичном секторе (взятка). С целью согласованности и четкости в законе о всех коррупционных правонарушениях, по убеждению представителей GRECO, должны применяться одни и те же «базовые понятия».

Другой сферой, которая вызвала беспокойство GRECO, является параллельное существование уголовных и административных коррупционных правонарушений. Так, согласно законодательным изменениям 2011 года, некоторые коррупционные правонарушения по Кодексу Украины об административных правонарушениях [8] (КУоАП) относятся к категории административных в зависимости от установленного размера неправомерной выгоды, равному 100 необлагаемым минимумам доходов граждан, а именно, ст. 172-3 КУоАП. При этом активное взяточничество составляло уголовное правонарушение только в случае если размер взятки превышает этот порог – в то время как случаи, включающие меньшие суммы приводят лишь к административной ответственности. В этом контексте GRECO отметила, что Конвенция неуклонно требует, чтобы действия по взяточничеству, включающие любую неправомерную выгоду, признавались уголовными преступлениями – термин «неправомерное» исключает только выгоду, получение которой разрешено законом, подарки очень низкой стоимости и т.д. GRECO убеждена, что это требование не выполняется, если любые коррупционные действия со стоимостью неправомерной выгоды до 4300 евро считаются простыми административными правонарушениями, поскольку эта сумма вероятно равна размеру нескольких месячных заработных плат подавляющего большинства государственных служащих в Украине. Как следствие, GRECO рекомендовала принять законодательные меры, необходимые для того, чтобы положения УК в части, которая касается активного и пассивного взяточничества в публичном секторе четко включали в себя любую форму

(неправомерной) выгоды (в понимании Конвенции, включая материальную и нематериальную выгоду – независимо от того имеют ли они рыночную цену, которую можно определить, или нет – и выгоды, которые имеют низкую цену, то есть любой размер (п. 65, рек. III п. 76 Оценочного отчета).

Данные рекомендации выполнены путем исключения ст.ст. 172-2, 173-3 с КУоАП заменой в УК ст. 368 «Получение взятки» на «Принятие предложения, обещания или получения неправомерной выгоды должностным лицом», ст. 369 «Предложение или дача взятки» – «Предложение или предоставление неправомерной выгоды должностному лицу»; ст. 370 «Провокация взятки либо коммерческого подкупа» на «Провокация взятки», где фактически заменено понятие взятки на категорию «неправомерная выгода».

4. Что касается получателя выгоды, положения о взяточничестве и злоупотреблении влиянием не указывали, должно ли требование предназначаться непосредственно для должностного лица или лица, совершающего злоупотребление влиянием, или может также предназначаться для третьей стороны. Текстовое формулировки указанных положений вызвали серьезные сомнения в GRECO по криминализации случаев, когда в роли получателя выгоды выступает третье лицо, (например, для родственника, политической партии или предприятия). Согласно вышеуказанного постановления Пленума Верховного Суда взяточничество имеет место также в случаях, когда должностное лицо получает выгоду не для себя лично, а в пользу близких лиц (родственников, знакомых и т.д.). Однако GRECO была обеспокоена тем, что эта формулировка не нужным образом сужает требование Конвенции, содержит более широкую трактовку выгоды, получаемой «для себя или кого-либо другого».

Также GRECO отметила, что после внесения изменений в УК в связи с принятием Закона «Про засади запобігання і протидії корупції» в частном секторе содержатся понятия «передачи» неправомерной выгоды, которое предназначено для охвата случаев, включающих в себя деятельность посредников или третьих сторон, которые получают выгоду. Но такое понимание этого дополнительного понятия, которое отсутствует во всех других правонарушениях, связанных с коррупцией, не нашло четкого подтверждения во время оценочного визита GRECO. Так, некоторые эксперты считают, что понятие «передача» неправомерной выгоды влечет за собой лишь уголовную ответственность непосредственно самого посредника, однако не лица, пользующегося им. В свете сказанного выше, с целью создания полностью логично согласованного законодательства, которое бы соответствовало требованиям ст.ст. 2, 3, 7, 8 и 12 Конвенции, GRECO рекомендовала, чтобы положения о преступлениях активного и пассивного

взяточничества в публичном и частном секторе и злоупотребления влиянием были сформулированы таким образом, чтобы включали в себя однозначно случаи взяточничества, которое совершается с помощью посредников также как и случаи, когда выгода предназначается не для должностного лица лично, а для третьего лица (п. 67, рек. IV п. 76 Оценочного отчета).

Данные рекомендации выполнены путем расширения границ применения диспозиций коррупционных правонарушений таким образом, чтобы соответствующие положения касались случаев, когда неправомерная выгода предназначается не только для должностного лица лично, но и для третьего лица (как физического так и юридического). Соответствующие изменения нашли свое отражение в следующих статьях УК: 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2.

5. GRECO была обеспокоена формой, в которой существует освобождение от ответственности в том числе его автоматическим характером. Прокурор не имеет возможности учитывать все обстоятельства конкретного дела, например, мотивы, которыми пользовался преступник при сообщении о взяточничестве или при деятельном раскаянии. В принципе, очень серьезные случаи коррупции могут оставаться абсолютно безнаказанными, если прибегать к этим мерам. Деятельное раскаяние применялось к взяткодателю, независимо от того инициатива совершить преступление произошло от него самого, или нет; взяткодатель мог даже действовать как подстрекатель, а затем быть освобожден от ответственности в результате сообщения о преступлении. GRECO замечала, что взяткодатели могут злоупотреблять этим инструментом, например использовать его как средство оказания давления на получателя взятки для получения еще больших преимуществ, или в ситуациях, когда о взяточничестве сообщают через долгий промежуток времени после того, как преступление было совершено, так как любые ограничения во времени для последнего не установлены. По словам нескольких экспертов, опрошенных в ходе оценочного визита GRECO, с взяткодателям вообще ведут себя как с потерпевшим, поэтому положение по активному взяточничеству применяется редко. Согласно дополнительной статистике за период с января 2009 г. по март 2011 г. пассивное взяточничество составило 89,9% [4, с. 29].

В свете этого беспокойства и при отсутствии в нынешнем контексте предупредительных мер относительно злоупотребления освобождением от ответственности в форме деятельного раскаяния (например, немедленное сообщение о преступлении, ограничения специальной защиты по эффективному раскаянию к случаям, когда с правонарушителя требовали), GRECO рекомендовала проанализировать и

соответственно пересмотреть автоматическое – и обязательно повсеместное – освобождение от уголовной ответственности лиц, совершивших о дачи взятки и заявили об этом в правоохранительные органы (п. 71, рекомендация VI п. 76 Оценочного отчета).

Указанная рекомендация воплощена в жизнь путем введения дополнительных обязательных условий для возможного освобождения от ответственности за коррупцию, а именно: внедрение обязательного сочетания двух факторов – вымогательство и добровольное информирование органа, должностное лицо которого по закону имеет право сообщить о подозрении, тогда как до принятия Закона 221-VII для такого освобождения достаточно любой из этих двух условий.

Проанализировав изложенное, возникает вполне логичный вопрос: неужели сейчас уголовное законодательство Украины в полной мере соответствует Уголовному конвенции о борьбе с коррупцией? По нашему убеждению, пока нельзя одобрительно ответить на данный вопрос по следующим причинам.

Во-первых, как мы уже отмечали, далеко не все рекомендации GRECO нашли свое отражение в Законе 221-VII.

Во-вторых, исключение ст.ст. 172-2 и 172-3 с КУоАП, по нашему мнению, вызвана не «несоответствием» действующего законодательства Украины требованиям Конвенции о том, что все коррупционные правонарушения, связанные с получением неправомерной выгоды, вроде бы должны относиться к числу преступлений, а совсем другими объективными причинами. Одной из них является, в частности, то, что правонарушения, предусмотренные статьями 172-2 и 172-3 КУоАП, не имеют четких критериев разграничения с составами преступлений, предусмотренными ст.ст. 368, 368-2, 369 УК, которые являются разновидностями получения или дачи взятки с различными квалифицирующими признаками [9]. К тому же указанные нормы КУоАП создавали «идеальные» условия для уклонения от уголовной ответственности путем квалификации этих деяний как административных проступков. Так, в 2012 году по результатам направленных в суд протоколов об административных коррупционных правонарушениях к ответственности привлечено 1987 человек, из которых 1150 по ст. 172-2 и 109 по ст. 172-3 КУоАП, то есть всего 63,4% [11], которые могли бы быть квалифицированы как получение взятки (ст. 369 УК). Выше мы отмечали обстоятельства, при которых представлялось возможным разграничить понятия «взятка» и «неправомерная выгода». В свою очередь, с принятием Закона 221-VII сложилась ситуация, при которой невозможно будет определить значительный, крупный и особо крупный размер неправомерной выгоды (взятки), если его предметом будут отдельные услуги, льготы или преимущества

нематериального характера (как это сейчас уже имело место при квалификации преступлений, предусмотренных ст.ст. 368-2, 368-3, 368-4, 369-2 УК). На сегодняшний день отличить незаконное обогащение от получения неправомерной выгоды невозможно.

Что же касается приведенных выше положений Конвенции, то из их содержания прямо не следует, что за отдельные коррупционные деяния, которые не достигают уровня общественной опасности, чтобы признаваться преступлениями, не может быть предусмотрен другой вид юридической ответственности, кроме уголовной.

В-третьих, отказ от такого уголовно-правового понятия, как «взятка», никоим образом не следует из требований международных актов. Так, Конвенция оперирует термином «взятка», определяя его как «любая неправомерная выгода» (ст.ст. 2, 3).

В-четвертых, с принятием Закона 221-VII сейчас в примечании к ст. 364-1 УК содержится новая редакция понятия «неправомерной выгоды», в свою очередь примечание к ст. 368-2 УК содержит фактически первоначальную редакцию понятия «неправомерная выгода», а в примечании к ст. 368 УК неправомерная выгода отождествляется с понятием «выгоды», которое вообще не отражено в действующем законодательстве.

В-пятых, предложение или обещание предоставления неправомерной выгоды, а также принятие предложения или обещания предоставления неправомерной выгоды может свидетельствовать только о наличии умысла, мысли получить неправомерную выгоду, что само по себе не образует состав преступления (ст. 11 УК). И только в случае, если тот, кто предлагает неправомерную выгоду и тот, кому ее предлагают, доходят определенной договоренности об условиях и способах реализации их «общего плана», такие действия можно рассматривать как приготовление к взяточничеству. Но доказать или опровергнуть такую договоренность на практике почти невозможно.

В общем, УК предусматривает лишь небольшое количество составов преступлений, которые считаются оконченными уже на стадии приготовления к совершению определенного действия (например, ч. 2 ст. 109, ст. 258-2 УК и др.). Все эти действия даже на стадии приготовления настолько общественно опасными, что законодатель установил за их совершение уголовной ответственности как за совершение оконченного преступления. Во всех остальных случаях приготовление к преступлению будет караться по статье, предусматривающей ответственность за соответствующее оконченное преступление, учитывая при этом предписания ч. 2 ст. 14 УК.

Выводы. Таким образом, внесение исследуемых нами изменений в УК Украины необходимо признать положительным, с другой стороны последние были направлены не

столько на внедрение положений Конвенции, сколько на соблюдение отчета GRECO, который напомним носит рекомендательный характер, что сейчас без учета традиций отечественного законодательства и научных разработок в этой сфере привело к торможению правоприменительной деятельности субъектов противодействия коррупции.

Список использованной литературы:

1. Конвенція ООН проти корупції : Міжнародний документ від 31.10.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 49. – ст. 2048.
2. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією : Міжнародний документ від 27.01.1999 № ETS 173 // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 47, / 47-48. – ст. 2028.
3. Про засади запобігання і протидії Корупції : Закон України від 07.04.2011 № 3206-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 40 – Ст. 404
4. Третій раунд оцінювання [Електронний ресурс] : оціночний звіт по Україні Інкриміналізації (ETS 173 і 191,GPC 2) затверджений GRECO на 52 Пленарному засіданні 17-21 жовтня 2011 р. // Офіційний сайт Міністерства юстиції України. – Режим доступу : http://www.minjust.gov.ua/anti_corruption_grecorep
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18.04.2013 № 221-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 10. – Ст. 119.
6. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25. – Ст. 131.
7. Про судову практику у справах про хабарництво : постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 // Юридичний вісник України. – 2002. – № 28 – Ст. 21
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – Додаток до № 51. – Ст. 1122.
9. Іванцов В. О. Актуальні проблеми правового забезпечення запобігання і протидії корупції в умовах сьогодення / В. О. Іванцов // Національне та міжнародне право в сучасному вимірі : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Запоріжжя, 28–29 вересня 2012 р. : у 2-х ч. – Ч. 2 – Запоріжжя : Запорізька міська громадська організація «Істина», 2012. – С. 48-50.
10. Про результати проведення заходів щодо запобігання і протидії корупції у 2012 році [Електронний ресурс] : звіт Міністерства юстиції України від 15.04.2013 // Офіційний сайт Міністерства юстиції України. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua%2Ffile%2F25706&ei>