

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Гаращук, доктор юридичних наук,
професор (Національна юридична ака-
демія України імені Ярослава Мудрого);
А. Мухатаєв, кандидат юридичних наук,
генерал-лейтенант СБ України

Нове антикорупційне законодавство України: переваги та недоліки

Прийняті у червні 2009 р. закони України «Про засади запобігання та протидії корупції»¹, «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень»² та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»³ є певним кроком у справі боротьби з корупцією в Україні. Цими актами посилена адміністративна та кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення, встановлена вартісна межа між кримінально та адміністративно караною корупцією, на виконання взятих Україною перед Європою обов'язків уведена відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень, окреслені кордони адміністративно караної корупції. Але чи всі такі кроки доречні? Чи відповідають вони логіці національного законодавства? На наш погляд — ні. Нові акти містять низку істотних недоліків, суперечностей, що ускладнить їх застосування. Так, у Законі України «Про засади запобігання та протидії корупції» визначення корупції, деяких інших термінів не є вдалими. Закон містить значну кількість розпливчатих та оціночних понять, таких, як: «...**прийняття обіцянки/пропозиції** такої вигоди для себе чи інших осіб...» (ст. 1 Закону — визначення «корупції»); «...реальні або такі, що **видаються реальними** протиріччя...»⁴ (при визначенні «конфлікту інтересів» у ст. 1 Закону);

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 45. – Ст. 691.

² Там само. – Ст. 692.

³ Там само. – № 46. – Ст. 699.

⁴ У таких випадках у народі кажуть: «хреститися треба, коли щось видається».

«посадові та службові особи **інших** органів державної влади» (п. «ж» ст. 2 «Суб'єкти відповідальності за корупційні правопорушення»); «посадові особи юридичних **осіб публічного права...**» (п. «а» ч. 2 ст. 2 Закону). Що це за «особи публічного права»? Такого терміна у законодавстві немає. Є визначення публічної служби (теж не дуже вдале) у п. 15 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України¹, але не «публічного права», під яким у теорії права розуміють блок галузей права, що регулюють публічні правовідносини; «особи, які **для цілей** цього Закону **прирівнюються** до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування» (п. 2 ч. 1 ст. 2 Закону), «...приймати особисті подарунки, які відповідають загально-визнаним **уявленням** про гостинність...» (що це за уявлення? У кожного вони свої); «...**близькі особи осіб**, зазначених у пунктах 1–2 частини першої статті 2 цього Закону...» (ст. 14) та ін.

Читачу пропонується звернути увагу і на вкрай невдале визначення корупції в Законі, яке, фактично, відсилає нас до наступного терміна — «неправомірна вигода». Під останньою Закон розуміє «...переваги, пільги, послуги... що їх обіцяють, пропонують...». Сам же термін «корупція» протиправною дією називає «обіцянку/пропозицію неправомірної вигоди», або відповідно «прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди». Ці вкрай небезпечні конструкції можуть викликати думку, що для кваліфікації є достатнім встановлення факту надання (прийняття) таких обіцянок, пропозицій. Із формальної точки зору це так. Але довести це буде практично неможливо. Завжди є відмовка: «пообіцяв (або ж прийняв обіцянку), щоб тільки «відчепитися» від занадто вже наполегливого «просителя». До речі, таке має місце. В останньому випадку дії особи як протиправні кваліфікуватися не можуть.

Не є виправданим, на наш погляд, й істотне розширення суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення (ст. 2 Закону), віднесення до них фізичних осіб-підприємців, юридичних осіб. Цим, фактично, руйнується сенс відповідальності за корупційні правопорушення, оскільки корупція — це зловживання державною владою, а не просто службовими повноваженнями.

Занадто ретиве намагання запобігти виникненню корупційних правовідносин приводить законодавця до того, що він замість утворення режиму сприяння власними руками ускладнює поширення спон-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.

сорства, забороняючи «фізичним і юридичним особам здійснювати фінансування органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, у тому числі надавати їм матеріальну та/або нематеріальну допомогу, безоплатно виконувати роботи, надавати послуги, передавати кошти та інше майно, крім випадків, передбачених законами» (ч. 2 ст. 4 Закону).

Багато питань викликає і вимога законодавця здійснювати спеціальну перевірку щодо осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, організація якої покладається на керівника органу державної влади, органу місцевого самоврядування, на зайняття посади в якому претендує особа і до якої залучаються спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції, а в разі потреби — інші центральні органи виконавчої влади (ст. 9 Закону). З огляду на перелік відомостей, які підлягають перевірці, не можна не зробити висновок: така перевірка (якщо вона неформальна) забиратиме значні сили та час, що обов'язково негативно позначиться на якості роботи підрозділу.

Усупереч банківській таємниці¹ законодавець вимагає від ряду осіб, у разі відкриття валютного рахунка в установах банку-нерезидента, в десятиденний строк письмово повідомляти про це орган державної податкової служби за місцем проживання із **зазначенням номера рахунка** і місцезнаходження банку-нерезидента² (ст. 10 Закону).

Досить широкими, але переважно декларативними є повноваження громадськості в заходах щодо запобігання та протидії корупції (ст. 15 Закону). У той же час уважне ознайомлення з ними наводить на думку, що за допомогою вмілого маніпулювання діями громадськості можна істотно ускладнювати (гальмувати) роботу державних структур та органів місцевого самоврядування.

Іде врозріз із теоретичними напрацюваннями вітчизняної науки кримінального та адміністративного права і запровадження відпові-

¹ Нагадаємо, що відповідно до ст. 1076 Цивільного кодексу України банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта. Відомості про операції та рахунки можуть бути надані тільки самим клієнтам або їхнім представникам. Іншим особам, у тому числі органам державної влади, їхнім посадовим і службовим особам, такі відомості можуть бути надані виключно у випадках та в порядку, встановлених законом про банки і банківську діяльність (а не іншими актами). У разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди.

² Без коментарів.

дальності юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень. На наш погляд, щодо юридичної особи неможливо встановити склад правопорушення. Юридична особа — це умовна одиниця, фікція (див. теорію фікції). Умовна ж особа нічого протиправного в об'єктивному світі вчинити не може. Де шукати об'єктивну та суб'єктивну сторони в її діях? Намагання «сховатися» за «...керівника такої юридичної особи, її засновника, учасника чи іншу уповноважену особу...» (ст. 2 Закону України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень») не є логічним. Воно порушує принцип персональної відповідальності за вчинене правопорушення, оскільки за протиправні дії однієї людини наказують весь трудовий колектив.

Містить зазначений Закон й інші негаразди. Так, у супереч ст. 98 КПК, яка зобов'язує прокурора виносити постанову про порушення кримінальної справи, ст. 9 «Порядок провадження у справах стосовно юридичних осіб» говорить про складання прокурором **протоколу**, ст. 16 — про **постанову** у справі стосовно юридичної особи (а не вирок), тобто так, як за правилами Кодексу України про адміністративні правопорушення¹, хоча законодавець дії юридичної особи, опосередковано, знову ж таки, «ховаючись» за фізичну особу, називає «злочинном» (див. ч. 2 ст. 4)². Про це ж зазначається і у ст. 2 Закону, відповідно до вимог якої: «юридична особа несе відповідальність, встановлену цим законом, за вчинення від її імені та в її інтересах керівником такої юридичної особи, її засновником, учасником чи іншою уповноваженою особою самостійно, або у співучасті будь-якого зі **злочинів**, передбачених статтею 209, частиною першою або другою статей 235⁴, 235⁵, статтями 364, 365, 368, 369 і 376 Кримінального кодексу України»³. На те, що це відповідальність кримінальна, вказує і ст. 1 згаданого Закону, яка зазначає, що цей нормативний акт прийнятий відповідно до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією⁴.

Не усунув законодавець і конфлікт термінів, що використовуються в кримінальному та адміністративному законодавстві: «службова» та «посадова» особа. У Кримінальному кодексі мова йде про службову

¹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1984, дод. до № 51. – Ст. 1122.

² Автори розуміють спірність такої думки, оскільки законодавець уникає прямо називати відповідальність юридичних осіб кримінальною, термін «злочин» заміняє узагальнюючим – «правопорушення». Але ж і при вирішенні питання про притягнення до адміністративної відповідальності (як і кримінальної) слід встановлювати склад правопорушення (у нашому випадку – адміністративного проступку).

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

⁴ Там само. – 2007. – № 47–48.

особу, в КУпАП — про посадову особу, в Законі України «Про засади запобігання та протидії корупції» згадуються і службова, і посадова особи. Річ у тім, що новий Кримінальний кодекс відмовився від терміна «посадова особа», замінивши його словосполученням «службова особа», тоді як адміністративне законодавство абсолютно вірно використовує обидва терміни, розрізняючи їх. Службова особа може й не бути особою посадовою, тоді як посадова — це службовець (службова особа) з більш широкими, ніж звичайний службовець, повноваженнями. Це ті, хто державою (органами місцевого самоврядування) наділені організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями, представляють відповідний орган. Дії цих осіб, здійснювані в межах їх повноважень, тягнуть юридичні наслідки. Останнє важливо для кваліфікації протиправних дій, вирішення питань про покарання.

Зміни до Кримінального кодексу¹ (доповнення до ст. 18) показують, що законодавець зробив спробу (хоча й половинчасту) «відділити» посадову особу від звичайного службовця. Відповідно до частин 3 та 4 ст. 18 службовими особами КК України визнає осіб, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності **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, місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Службовими особами також визнаються **посадові особи** іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі іноземної держави, а також будь-які особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), а також посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи інші особи, уповноважені такою організацією діяти

¹ Див.: Закон України від 11.06. 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення».

від її імені. Таким чином, «посадова особа» хоч і «прихована» за терміном «службова особа», все ж таки знаходить своє законодавче закріплення в КК України.

Не вирішують згадані акти й низки інших суперечностей чинного законодавства, наприклад норм антикорупційного закону, КК України та Закону України «Про державну службу»¹ та ін.²

Слід зазначити, що поява невдалих за конструкцією норм, які ми аналізуємо, значною мірою обумовлена ратифікацією Україною низки міжнародних документів, спрямованих на боротьбу з корупцією³. Саме вони, набуваючи сили закону, привносять у наше законодавство такі терміни, як «підкуп», «особи, які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування», та ін. (див. вище). Завдяки цим актам до суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення законодавчо віднесені фізичні особи-підприємці, хоча сфера бізнесу передбачає вільну боротьбу інтересів і капіталу, де можна перекупити у конкурента вигідне замовлення (зрозуміло, не шляхом дачі хабара), де демпінгування (якщо не порушується антимонопольне законодавство) — один зі способів ведення бізнесу.

Поява у нашому законодавстві норм із такими конструкціями зумовлена й неякісною роботою перекладачів, які, не будучи юристами, не усвідомлювали всієї небезпеки і тих проблем, які ці норми привнесуть у практику їх застосування. Законодавець же ситуацію не виправив.

Зазначені недоречності заздалегідь заклали помилки та можливі зловживання при застосуванні цих актів. Як і в ситуації із Законом України 1995 р. «Про боротьбу з корупцією»⁴, від Верховного Суду України нам доведеться очікувати офіційних роз'яснень застосування їх норм. Можливий інший шлях. Авторам цих строк відомо, що ряд народних депутатів, розуміючи недосконалість прийнятих законів, вже готують низку нових антикорупційних актів, змін та доповнень до згаданих вище, які спрямовані на усунення існуючих негараздів. Але чи побачать вони світ? Чи не додадуть вони нових проблем?

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.

² Див.: Гаращук В. Категоріально-правова характеристика корупції: визначення понять «корупційне правопорушення» та «корупційний злочин» / В. Гаращук, А. Мухатаєв // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2008. – № 3 (54). – С. 254–265.

³ Окрім згаданої вище Кримінальної, – це Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (див.: Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 49), Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією (див.: Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 266) та деякі ін.

⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 34. – Ст. 266.