

УДК 343.35(477)

М.І. БАКАЙ, Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ВІДПОВІДНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ВИМОГАМ МІЖНАРОДНИХ АНТИКОРУПЦІЙНИХ КОНВЕНЦІЙ ЩОДО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

Ключові слова: антикорупційні конвенції, кримінально-правова юрисдикція, принцип «aut dedere, aut judicare»

Окремі положення міжнародних антикорупційних конвенцій, які є обов'язковими для України (Конвенція ООН проти корупції та Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією), присвячені питанням юрисдикції держав-учасниць конвенцій щодо передбачених ними (конвенціями) злочинів.

Зауважимо, що поняття («юрисдикція», «кримінально-правова юрисдикція») не передбачені в тексті чинного КК, але розкриваються на рівні теорії кримінального права України. Зокрема, О.І. Моїсєєв визначає кримінально-правову юрисдикцію України як «сукупність повноважень держави, закріпленіх у кримінальному законі та міжнародних договорах України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, щодо визначення кола осіб, які, перебуваючи на певних територіях та об'єктах, при вчиненні певних злочинів, підлягають кримінальній відповідальності на підставі КК України» та виділяє наступні її принципи: територіальний, громадянства, захисту та міжнародних договорів [1, с.7–8]. Тим самим, О.І. Моїсєєв безпідставно встановлює відповідність між поняттям «кримінально-правова юрисдикція» та положеннями Кримінального кодексу України (далі – КК) про чинність кримінального закону щодо злочинів, вчинених на території

України та за її межами: територіальний принцип – ст.6 КК, принцип громадянства – ст.7 КК, принцип захисту (інколи в науковій літературі його ще називають «реальним») – друга частина речення ст.8 КК після слів «або якщо»; принцип міжнародних договорів – перша частина речення ст.8 КК.

Отже, можна дійти висновку, що питання про кримінально-правову юрисдикцію України щодо злочинних діянь, вчинених на її території та поза її межами, у чинному КК вирішено на рівні універсальних положень, які не «прив'язані» до певних видів злочинів. У зв'язку з цим виконання вимог Конвенції ООН проти корупції та Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією щодо юрисдикції стосовно передбачених цими договорами злочинних діянь, в принципі, не потребує доповнення чинного КК якими-небудь якісно новими для нього положеннями, але разом із тим вимагає дослідження питання про те, чи не вимагають ст.ст.6-8 КК певних змін, які б дозволили максимально точно врахувати норм вищезазначених антикорупційних конвенцій.

Розгляд цих питань та формулювання в разі потреби висновків по вдосконаленню чинного законодавства й є метою нашого дослідження. Зауважимо, що раніше кримінально-правових досліджень з даної проблематики не здійснювались.

Аналіз змісту ст.42 Конвенції ООН проти корупції, в якій вирішується питання про юрисдикцію держав-учасниць цієї Конвенції щодо передбачених нею діянь, дає підстави стверджувати, що сформульовані в ній положення, по-перше, мають несамовиконуваний (оскільки покладають на держави-учасниці обов'язок вживати заходів щодо реалізації вимог ст.42) та, значною мірою, рамковий характер. На останнє, зокрема, вказує те, що частина шість даної статті допускає, що без шкоди для норм загального міжнародного права Конвенція не виключає існування *будь-якої* (виділено нами. – М.Б.) кримінальної юрисдикції, встановленої державою-учасницею відповідно до свого внутрішнього права. Так само диспозитивними є положення ч.ч.2 та 4

ст.42 Конвенції, які передбачають встановлення юрисдикції держав-учасниць щодо злочинів, вчинених громадянами цих держав (п.б) ч.2), або проти їх інтересів (п.а) ч.2), або проти інтересів держави-учасниці (п.д) ч.2), або щодо випадків співучасті в скоєнні злочину, замахів на скоєння злочину, а також пособництва, підбурювання, сприяння і консультування з метою скоєння будь-якого злочину, пов'язаного з відмиванням грошових коштів, якщо такі спільні дії були здійснені за кордоном з наміром здійснення основного злочинного діяння на території держави-учасниці Конвенції (п.с) ч.2), або щодо випадків, коли держава-учасниця не здійснює видачу особи, яка підозрюється у вчиненні одного із злочинів передбачених Конвенцією і перебуває на її території (ч.4).

Тим не менш, відразу два положення ст.42 Конвенції сформульовані як обов'язкові для виконання державами-учасницями, в тому числі й Україною, – мова йде про ч.ч.1 та 3 цієї статті. Частина перша передбачає, що кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, визначених цією Конвенцією, коли: а) злочин вчинено на території цієї Держави-учасниці; б) злочин вчинено на борту судна, яке знаходилось під прапором цієї держави-учасниці в момент вчинення злочину, або повітряного судна, яке зареєстровано відповідно до законодавства цієї Держави-учасниці на такий момент. Як зазначено в Технічному керівництві по здійсненню Конвенції ООН проти корупції, дане положення фіксує обов'язок держав-учасниць встановити свою юрисдикцію відповідно до «принципу територіальності», хоча при цьому й констатується, що його конкретне втілення у національному законодавстві може бути різним – злочин може бути повністю вчинено на території держави-учасниці, або злочин може бути хоча би частково вчинено на території держави-учасниці, або ж наслідки злочину настали на території держави-учасниці (т.зв. «об'єктивна територі-

альність») [2, с.186–187]. В цілому, видається, що ця вимога Конвенції не потребує внесення змін та доповнень до КК, оскільки, в частині першій його статті шостої передбачено, що особи, які вчинили злочини на території України, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом, а відповідно до ч.2 ст.94 Конвенції ООН з морського права від 10.12.1982 р. та ст.3 Конвенції про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна від 14.09.1963 р. (обидві конвенції ратифіковані Україною) держава має юрисдикцію стосовно суден або повітряних суден, якщо вони відповідно плавають під її прапором або приписані до неї.

У ч.3 ст.42 Конвенції вказано, що для цілей ст.44 цієї Конвенції кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними, для встановлення своєї юрисдикції щодо злочинів, визначених цією Конвенцією, коли особа, яка підозрюється у вчиненні злочину, перебуває на її території та вона не видає такої особи лише на тій підставі, що вона є одним з її громадян. Дане положення фіксує так званий принцип «aut dedere aut judicare» («видай або суди»), який є своєрідною гарантією від уникнення особою кримінального переслідування та відповідальності за злочини, вчинені поза межами територією держави, громадянином якої він є, через неможливість видачі його державі, на території якої він вчинив злочин, та відсутність у держави, до громадянства якої він належить, юрисдикції щодо вчиненого нею діяння. Загалом й ця норма Конвенції не потребує внесення значних змін та доповнень до КК. Підставою для такого висновку є ч.1 ст.7 КК, яка передбачає, що, зокрема, громадяни України, які вчинили злочини за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Разом із тим, не можна не звернути увагу на певну «прогалину», характерну для вітчизняного кримінального закону, і про яку попереджають автори Технічного керівництва по здійс-

ненню Конвенції ООН проти корупції. Зокрема, вони зазначають, що «принцип громадянства не може поширюватись на випадки, коли злочинець одержав громадянство після вчинення злочину закордоном» [2, с.160]. І, справді, ч.1 ст.7 КК однозначно пов'язує факт належності суб'єкта злочину до громадянства України з моментом вчинення злочину.

Як наслідок, якщо особа, не будучи громадянином України або особою без громадянства, що постійно проживає в Україні (на цих осіб також поширюється ч.1 ст.7 КК), вчиняє за межами території України, наприклад, зловживання впливом (ч.1 ст.369-2 КК), і лише після цього набуває статусу громадянина України чи особи без громадянства, що постійно проживає на території України, вона відповідно до ч.1 ст.10 КК не може бути видана іноземній державі для кримінального переслідування та водночас не може переслідуватись за українським кримінальним законом, оскільки: а) злочин було вчинено за межами території України (отже, на таку ситуацію не поширюється територіальний принцип дії кримінального закону в просторі – ч.1 ст.6 КК); б) на момент його вчинення вона не була громадянином України чи особою без громадянства, що постійно проживає на території України (відтак на вказану ситуацію не поширюється й принцип громадянства – ч.1 ст.7 КК); в) положення Конвенції ООН проти корупції щодо юрисдикції держав-учасниць стосовно корупційних злочинів, вчинених закордоном, не мають самовиконуваного характеру (отже, на вказану ситуацію не поширюється універсальний принцип – перша частина речення ст.8 КК); г) вчинений суб'єктом злочин за українським кримінальним законом є злочином середньої тяжкості (відтак на відповідну ситуацію не поширюється реальний принцип – друга частина речення ст.8 КК). Для уникнення таких ситуацій, які, з одного боку, створюють штучний бар'єр для кримінального переслідування суб'єкта (й відзначимо, що не лише за діяння, передбачені Конвенцією ООН проти корупції) пропонуємо доповнити ст.8 КК частиною другою такого

змісту: «2. Окрім того, підлягають кримінальній відповідальності в Україні особи, які на момент вчинення злочину за її межами не були громадянами України чи особами без громадянства, що постійно проживають в Україні, але пізніше набули такого статусу».

Як відзначалося нами вище, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією також містить положення, щодо юрисдикції її держав-учасниць стосовно злочинних діянь. Відразу зауважимо, що за своїм змістом вони значною мірою відрізняються від положень Конвенції ООН проти корупції. Але для початку все ж наголосимо на тому, що є спільним для обох конвенцій. По-перше, обидві вони не обмежують держави-учасниці у можливостях в будь-який інший спосіб, аніж вимагають конвенції, вирішити питання про свою юрисдикцію стосовно злочинних діянь – вище ми згадували про ч.6 ст.42 Конвенції ООН проти корупції, а в Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією таку ж роль виконує ч.4 ст.17, яка передбачає, що конвенція не виключає можливості встановлення стороною конвенції кримінальної юрисдикції відповідно до національного законодавства. По-друге, положення стосовно юрисдикції держав-учасниць у Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією, як і в Конвенції ООН проти корупції, є несамовиконуваними, тобто вони потребують вжиття державами-учасницями заходів на законодавчому рівні.

Тепер перейдемо до змістовних особливостей Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією в питаннях юрисдикції держав-учасниць. В ч.1 ст.17 Конвенції зазначено, що кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання у своєму національному законодавстві підсудними кримінальні злочини, передбачені статтями 2-14 цієї Конвенції, якщо: а) злочини вчинено повністю або частково на її території; б) злочинець є її громадянином, посадовою особою чи членом одного із її національних представницьких органів; в) злочини вчинено однією із її посадових осіб чи одним із членів її національних

представницьких органів або будь-якою особою, згаданою у статтях 9–11, яка водночас є її громадянином. Дане положення саме по собі сформульоване як імперативне (показником цього є слова «кожна Сторона вживатиме заходів») та фіксує три принципи юрисдикції держав-учасниць конвенції щодо передбачених нею злочинів, які в Пояснювальній записці до конвенції названі принципами територіальності (пункт а), громадянства (пункт б; пункт с, друга частина речення) та захисту національних інтересів (пункт с, перша частина речення) [3]. Звертає на себе увагу й те, що ч.2 ст.17 Конвенції до певної міри перекреслює імперативність частини першої цієї ж статті, через те, що надає державам-учасницям можливість зробити заяву про незастосування у своєму законодавстві щодо корупційних діянь, передбачених Конвенцією, принципів громадянства та захисту національних інтересів (зауважимо, що Україна можливістю зробити таку заяву не скористалась). Однак, при цьому ч.3 ст.17 Конвенції покладає на державу, що робить відповідну заяву, обов'язок забезпечити свою юрисдикцію стосовно діянь, вчинених за межами її території, за принципом «aut dedere aut judicare».

Аналізуючи ці положення, слід визнати, що виконання вимог ст.17 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією не потребує істотних змін у чинне кримінальне законодавство, оскільки останнє вже передбачає такі принципи дії кримінального закону в просторі, як територіальний (ст.6 КК) та громадянства (ст.7 КК). Що ж стосується принципу захисту національних інтересів («злочини вчинено однією із її посадових осіб чи одним із членів її національних представницьких органів...»), то він, по суті, позбавлений реального правового значення для правової системи України. Як вказується у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, його особливість «полягає в тому, що підсудність пов'язано зі статусом особи, що отримує хабар: ним є або публічна посадова особа чи член національного представницького органу Сторони (отже, не

обов'язково її громадянин)» [3]. У той же час, вітчизняне законодавство виключає можливість зайняття посад в органах публічної влади (органах державної влади та місцевого самоврядування) особами, що не мають громадянства України.

Окрім того, видається, що національне законодавство надає Українській державі значно ширшу юрисдикцію, порівняно з вимогами вищезазначеної конвенції. Зокрема, підставою для такого висновку є закріплений в ст.8 КК реальний принцип дії кримінального закону в просторі.

Можливо, чи не єдиним питанням, що вимагає приведення чинного КК у відповідність до положень Конвенції, є необхідність додержання юрисдикції за принципом «aut dedere aut judicare». Як вже відзначалося нами, це потребує певного уточнення змісту ст.8 КК (див. законодавчу пропозицію сформульовану вище).

У зв'язку з вищезазначеним видається до певної міри неоднозначною рекомендація, сформульована Групою оцінювання GRECO у своєму Звіті по Україні за підсумками Третього раунду оцінювання: «Забезпечити, щоб Україна мала юрисдикцію у всіх злочинах хабарництва та зловживання впливом, які були вчинені закордоном негромадянами України із залученням українських посадових осіб, членів українських публічних асамблей (виборчих органів), українських посадовців у міжнародних організаціях, українських членів міжнародних парламентських асамблей та українських суддів чи посадових осіб міжнародних судів» [4]. На нашу думку, така вимога не відповідає положенням ст.17 Конвенції, оскільки остання (в жодній із своїх частин) не вимагає від держав-учасниць встановлювати свою юрисдикцію щодо злочинів, які вчиняються закордоном особами, що не є їх громадянами. Як вже відзначалося вище, положення ст.8 КК, навпаки значно розширюють юрисдикцію стосовно злочинних діянь, вчинених закордоном, порівняно з вимогами Конвенції. Рекомендація ж розширити її ще більше явно не відповідає положенням Конвенції

Принагідно зауважимо, що некоректними виглядають пояснення, сформульовані з цього приводу українським Урядом: «Вони стверджують, що Конвенція є нормативно-правовим актом прямої дії, на підставі ст.19 Закону «Про міжнародні договори», відповідно до якої міжнародні договори обов'язкового характеру є частиною національного законодавства, можуть застосовуватися у випадках наявності юридичних конфліктів з нормами національного законодавства» [4]. Видається, що «абсолютизація» положень ст.19 Закону України «Про міжнародні договори» є неприпустимою. Норми міжнародного договору є «нормами прямої дії» лише в тому випадку, коли вони мають самовиконуваний характер. Оскільки ж положення ст.17 Конвенції такого характеру не мають, питання про юрисдикцію України щодо відповідних корупційних злочинів повинно вирішуватись лише на основі її національного законодавства. Підтвердженням нашої думки є й позиція Групи оцінювання GRECO, висловлена з даного приводу: «З точки зору GET (Група оцінювання GRECO – М.Б.), Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією не є міжнародною угодою, яка мо-

же самостійно застосовуватися напряму, без прийняття додаткового законодавства» [4].

ЛІТЕРАТУРА

1. Моїсєєв О. І. Кримінально-правова юрисдикція України щодо злочинів, вчинених за її межами : автореф. дис. ... кандидата юрид. наук / О. І. Моїсєєв. – Х., 2007. – 20 с.
2. Техническое руководство по осуществление Конвенции ООН против коррупции / Организация Объединенных Наций. – Нью-Йорк, 2010. – 256 с.
3. Пояснювальна записка до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://crimcor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publis/article;jsessionid=F3A149F998CA5D901366DEF8F6E8349E?art_id=49138&cat_id=46352.
4. Оціночний звіт по Україні. Інкримінації (ETS 173 і 191, GPC 2) (Тема I). Затверджений GRECO на 52-му Пленарному засіданні (Страсбург, 17–21 жовтня 2011 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/anti_corruption_grescorep.

Бакай М. І. Відповідність кримінального законодавства України вимогам міжнародних антикорупційних конвенцій щодо кримінально-правової юрисдикції / М. І. Бакай // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 48–52 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arhive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/12bmikpj.pdf>

Розглянуті питання імплементації в кримінальне законодавство України положень міжнародних антикорупційних актів щодо кримінально-правової юрисдикції. Надані пропозиції по вдосконаленню чинного кримінального законодавства України.

Бакай М.И. Соответствие уголовного законодательства Украины требованиям международных антикоррупционных конвенций относительно криминально-правовой юрисдикции

Рассмотрены вопросы имплементации в уголовное законодательство Украины положений международных антикоррупционных актов относительно уголовно-правовой юрисдикции. Даны предложения по совершенствованию действующего уголовного законодательства Украины.

Bakay M.I. Correspondence of the Penal Legislation of Ukraine to Demands of International Anticorruption Conventions Concerning Criminal-Legal Jurisdiction

Deals with the provision's of international anti-corruption conventions about jurisdiction implementation into the Criminal Law of Ukraine. Proposals to improve the existing criminal legislation of Ukraine is formulates.