

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

УДК 342.9

В. Гаращук, доктор юридичних наук,
професор, Національний університет
«Юридична академія України імені
Ярослава Мудрого»

А. Мухатаєв, кандидат юридичних наук

Антикорупційне законодавство України 2011 року: перспективи розвитку та застосування

Прийняті у квітні 2011 р. Закони України «Про засади запобігання і протидії корупції»¹ та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»² 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, окреслені кордони адміністративно караної корупції. З переліку суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення доречно виключено юридичних осіб³, фізичних осіб-підприємців, а до суб'єктів, які здійснюють заходи щодо запобігання і протидії корупції, правильно, на наш погляд, додано органи прокуратури. Текст Закону став більш зваженим, послідовним⁴. Але так само, як і нині не чинний Закон України 2009 р. «Про засади

¹ Офіц. вісн. України. – 2011. – № 44. – Ст. 1764.

² Там само. – Ст. 1765.

³ Автори вважають такий крок правильним, адже 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 не є логічним. Воно порушує принцип персональної відповідальності за вчинене правопорушення, оскільки за протиправні дії однієї людини фактично наказують весь трудовий колектив.

⁴ Наприклад, Закон позбувся термінів на кшталт «...реальні або такі, що видаються реальними, протиріччя...». (Конструкція використовувалась при визначенні «конфлікту інтересів» у ст. 1 Закону України 2009 р. «Про засади запобігання та протидії корупції» (Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 45. – Ст. 691.)

запобігання та протидії корупції»¹, новий акт містить низку істотних недоліків, суперечностей, що ускладнить його застосування. Так само, як і в законі 2009 р., у новому Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» визначення корупції, деяких інших термінів не є вдалими. Із старого новий Закон запозичує значну кількість розпливчатих та оціночних понять, таких, як: «...прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб...» (ст. 1 Закону — визначення «корупції»); «посадові та службові особи інших органів державної влади» (п. «ж» ст. 4 «Суб'єкти відповідальності за корупційні правопорушення»); «особи, які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» (п. 2 ст. 4 Закону); «особи... можуть приймати дарунки, які відповідають загально визначеним уявленням про гостинність...» (ч. 2 ст. 8 Закону)²; «посадові особи юридичних осіб публічного права...» (підп. «а» п. 2 ст. 4 Закону), «юридичні особи приватного права» (п. 3 ст. 4 Закону). Що це за «особи публічного... приватного права»? Належного визначення у законодавстві ці терміни не мають. Є визначення публічної служби (теж не дуже вдале) у п. 15 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України³, але не «публічного права», під яким у теорії права розуміють блок галузей права, що регулюють публічні правовідносини (відповідно й блок галузей права, що регулюють приватні правовідносини)⁴; «близькі особи» (п. 2 ст. 1).

¹ Автори, аналізуючи новий Закон, періодично будуть звертатися до змісту Закону 2009 р., який став основою Закону 2011 р., істотно не відрізнявся від нового і навіть мав тотожну назву (відмінність лише у союзі «і». У попередньому використовувався союз «та»). Так само, як і Закон 2009 р., новий складається з восьми розділів (7+1 розділ – «Прикінцеві та перехідні положення»), має 33 статті (на дві більше, ніж закон 2009 р.) Правда, ці статті не мають жодного «прикладного» значення, а вказують лише на законодавство у сфері запобігання і протидії корупції та основні принципи запобігання і протидії корупції.

² Що це за уявлення? У кожного вони свої.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.

⁴ Автори не вважають належним визначенням використання термінів «юридична особа приватного права» та «юридична особа публічного права», що їх містить Цивільний кодекс України (статті 2, 80, 81 та деякі інші), оскільки ЦК лише «натякає» на сенс цих термінів, використовуючи такі фрази, як: «Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування» (ч. 2 ст. 81), «Цим Кодексом встановлюється порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права» (ч. 3 ст. 81). Тобто що саме вважати юридичною особою публічного... приватного права, нам треба здогадуватися, аналізуючи повноваження відповідних органів, утворених державними структурами, органами місцевого самоврядування та повноваження органів, утворених відповідно до норм ЦК України.

До речі, зміст цього пункту значною мірою збігається зі змістом п. 7 цієї ж статті — «члени сім'ї» 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 ж Закон розуміє «грошові кошти або інше майно¹, переваги, пільги, послуги... що їх без законних на те підстав 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. З формальної точки зору, так, але довести це буде практично неможливо. Залишається 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. Така конструкція утворює й небезпеку конфлікту ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем» зі ст. 368 КК України «Одержання хабара». Вони обидві передбачають відповідальність за корисливі протиправні дії, які фактично стали наслідком зловживання владою або службовим становищем.

Не є логічним, на наш погляд, і подальше розширення суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення (ст. 4 Закону), зокрема віднесення до них посадових осіб іноземних держав (осіб, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, державного органу або державного підприємства), а також іноземних третейських суддів, осіб, уповноважених вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому (підп. «в» п. 2 ст. 4 Закону). Виникає запитання, до чого тут посадові особи іноземних держав, які працюють на іноземну державу? То нехай з ними і «розбирається» іноземна держава.

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

¹ Те, що Кримінальний кодекс визначає як корупційний злочин, хоча такого терміна КК уникає.

сорства, забороняючи органам державної влади, органам місцевого самоврядування одержувати від фізичних, юридичних осіб безоплатно послуги та майно, крім випадків, передбачених законами або чинними міжнародними договорами (ст. 17 Закону). Щоправда, ця заборона є декларативною. Статей, які б передбачали відповідальність за одержання послуг або майна, ані КУпАП, ані КК не містять. До того ж антикорупційне законодавство 2011 р. не встановлює відповідальності юридичних осіб, а саме органам державної влади та органам місцевого самоврядування (тобто юридичним особам, а не керівникам цих структур) забороняється одержувати такі послуги або майно. Виключена й пряма заборона (у Законі 2009 р. вона була) фізичним і юридичним особам надавати фінансову допомогу органам державної влади чи місцевого самоврядування.

Багато питань викликає й 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 (заступника 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. 11 Закону). З огляду на перелік відомостей, які підлягають перевірці, не можна не зробити висновок: така перевірка (якщо вона не формальна) забиратиме значні сили та час, що обов'язково негативно відіб'ється на якості роботи підрозділу¹.

Усупереч банківській таємниці² новий закон залишив стару вимогу до 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-нерезидента (ст. 12 Закону).

¹ Безумовно, така перевірка потрібна. Позитивним у новому Законі є те, що така процедура (на відміну від Закону 2009 р.) є достатньо детально виписаною, що зменшить можливості відомчої «еквілібристики» в цьому питанні.

² Доводиться знову нагадувати, 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.

Досить широкими, але переважно декларативними залишилися повноваження громадськості в заходах щодо запобігання та протидії корупції (ст. 18 Закону). У той же час уважне ознайомлення з ними наштовхує на думку, що за допомогою умілого маніпулювання діями громадськості можна істотно ускладнювати (гальмувати) роботу державних структур та органів місцевого самоврядування.

Містить Закон і негаразди такого характеру, як покладання обов'язку на депутатів місцевих рад щорічно подавати за місцем роботи (служби) декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік (п. 1 ч. 1 ст. 12 Закону). Законодавець забуває про те, що багато депутатів місцевих рад не мають місця роботи (наприклад, є пенсіонерами) або є дрібними приватними підприємцями та ін. То ж куди їм подавати декларації? Ця ж стаття (ч. 2) вимагає, щоб відповідні відомості, зазначені у декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік, оприлюднювалися протягом 30 днів із дня їх подання шляхом опублікування в офіційних друкованих виданнях відповідних органів державної влади та місцевого самоврядування. А чи багато сільських (селищних) рад мають свої друковані видання¹?

Не усунув законодавець і конфлікт термінів, що використовуються в кримінальному та адміністративному законодавстві: «службова» та «посадова» особа. У Кримінальному кодексі мова йде про службову особу, в КУпАП — про посадову особу, в Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» згадуються і службова, і посадова особи. Річ у тім, що Кримінальний кодекс 2001 р. відмовився від терміна «посадова особа», замінивши його словосполученням «службова особа», тоді як адміністративне законодавство абсолютно правильно 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.

¹ На нашу думку, проблема може бути вирішена шляхом подання відомостей до ради, депутатами якої є такі громадяни, та опублікування зазначених відомостей у ЗМІ місцевої ради вищого рівня, тобто тієї, яка має власне друковане видання.

Зміни до Кримінального кодексу¹ (доповнення до ст. 18) показують, що законодавець зробив спробу (хоча й половинчасту) «відділити» посадову особу від рядового 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 із 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 або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, **посадові особи** міжнародних організацій... та судді і **посадові особи** міжнародних судів. 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 КК України, Закону України «Про державну службу» та ін.²

Досить «оригінально» законодавець підійшов до формування норм матеріальної частини КУпАП, якими встановлена адміністративна відповідальність за корупційні правопорушення. Законом України 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» КУпАП допов-

¹ Див.: Закон України від 07 квітня 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення».

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

нений главою 13-А «Адміністративні корупційні правопорушення», яка зараз складається з 8 статей. «Оригінальність» підходу законодавця полягає в тому, що він технічно переробив не чинну сьогодні главу 15-Б КУпАП, якою Кодекс був доповнений у 2009 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»¹ (глава складалася з 13 статей), змінивши назву деяких статей та залишивши тотожний (або з незначними редакційними змінами) текст (наприклад: чинна стаття 172² «Порушення обмежень щодо використання службового становища» за змістом близька до статті 212²¹ глави 15-Б «Одержання неправомірної вигоди», диспозиція статті 172³ «Пропозиція або надання неправомірної вигоди» схожа з диспозицією статті 212²² «Підкуп» глави 15-Б, диспозиція статті 172⁷ «Порушення вимог щодо повідомлення про конфлікт інтересів» наслідує статтю 212³³ «Порушення вимог щодо декларування особистих інтересів» глави 15-Б та ін.) або ж з'єднавши в одну статтю дві статті глави 15-Б, як це зроблено в статті 172⁴ «Порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності», частини якої майже тотожні диспозиціям статей 212²⁴ «Порушення обмежень щодо зайняття підприємницькою діяльністю та вимог щодо сумісництва» та 212²⁵ «Незаконне входження до складу правління чи керівних органів суб'єктів господарювання» глави 15-Б².

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. Фактично завдяки цим актам до суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення законодавець знову планує (як це було зроблено у 2009 р. та від чого відмо-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 46. – Ст. 699.

² Зрозуміло чому. Закон України 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» є похідним від Закону України 2011 р. № 3206-VI «Про засади запобігання і протидії корупції». Останній же істотно від Закону 2009 р. не відрізняється.

³ Насамперед це – Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 49), Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією (Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 266), Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 47–48) та деякі ін.

вилися в 2011 р.) віднести юридичних осіб¹. Адже ці ратифіковані Україною конвенції передбачають привнесення в національне правове поле цивільної, кримінальної та адміністративної відповідальності юридичних осіб.

Поява в нашому законодавстві норм з такими конструкціями зумовлена й неякісною роботою перекладачів, які не будучи юристами не усвідомлювали всієї небезпеки і тих проблем, які ці норми спровокують при їх практичному застосуванні. Законодавець (так само, як і в 2009 р., приймаючи пакет антикорупційних законів) ситуацію не виправив.

Зазначені недоречності задалегідь заклали подвійне тлумачення, помилки та можливі зловживання при застосуванні цих актів. Як і в ситуації із Законом України 1995 р. «Про боротьбу з корупцією»², нам доведеться очікувати офіційні роз'яснення застосування їх норм.

Гаращук В., Мухатаєв А. Антикоррупционное законодательство Украины 2011 года: перспективы развития и применения

В статье анализируется антикоррупционное законодательство Украины 2011 г., его сильные и слабые стороны. Проводится сравнительный анализ действующих нормативных актов и актов 2009 г., которые стали основой актов сегодняшних. Обращается внимание на то, что новое законодательство во многом наследует старые ошибки и противоречия. Предлагаются пути решения имеющихся проблем.

Ключевые слова: коррупция, коррупционные правонарушения, субъекты коррупционных правонарушений, ответственность за коррупционные правонарушения.

Garashchuk V., Muhataev A. Ukrainian anti-corruption legislation in 2011: prospects for the development and application

The article analyzes Ukrainian anti-corruption legislation in 2011, its strengths and weaknesses. A comparative analysis of effective normative acts and acts of 2009, which became the basis of today's laws, is carried out. It is noted that the new laws are largely inherited the old mistakes and contradictions. The ways of solving existing problems are offered.

Keywords: corruption, corruption offenses, subjects of corruption offenses, responsibility for corruption offenses.

¹ Такі плани містяться в проекті Національної антикорупційної стратегії на 2011–2015 роки та проекті Державної програми щодо запобігання і протидії корупції на 2011–2015 роки, надісланих одному зі співавторів цієї статті Кабінетом Міністрів України та Адміністрацією Президента України на рецензування.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 34. – Ст. 266.