

АНАЛІЗ ВІДПОВІДНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПОЛОЖЕННЯМ ДИРЕКТИВИ 2011/36/EU ЩОДО ПРОТИДІЇ ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ

Андрій АНДРУШКО

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінально-правової політики
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»
м. Ужгород, Україна*

Директива 2011/36/EU від 5 квітня 2011 року¹ встановлює мінімальні правила щодо визначення кримінально караних діянь, що становлять торгівлю людьми, та санкцій за їх вчинення. Вона слугує орієнтиром для держав-членів ЄС у формуванні національних кримінально-правових заходів протидії торгівлі людьми та сприяє забезпеченню узгодженості підходів у цій сфері.

Порівняння положень ст. 149 КК України з нормами Директиви загалом свідчить про узгодженість підходів до визначення торгівлі людьми при певних відмінностях у способі нормативного формулювання. В обох актах використовується однакова за своєю логікою конструкція, яка передбачає поєднання трьох елементів: вчинення визначених дій щодо особи, застосування відповідних способів впливу та наявність мети експлуатації. У цьому аспекті ч. 1 ст. 149 КК України відтворює загальну модель, закріплену у ст. 2 Директиви, оскільки передбачає вербування, переміщення, переховування, передачу або одержання людини з метою експлуатації із застосуванням відповідних способів впливу.

Перелік дій при цьому у цілому є співставним. Директива оперує такими діями, як вербування, транспортування, передача, переховування та прийом особи, тоді як КК України – вербування, переміщення, переховування, передача та одержання людини. Згадка у Директиві про обмін або передачу контролю над особою має уточнювальний характер і спрямована на розкриття змісту вже названих дій, а не на виокремлення самостійного різновиду діяння. У ст. 149 КК України така деталізація відсутня, однак використані у ній формулювання не виключають

¹ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA / Official Journal of the European Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:en:PDF>

охоплення відповідних ситуацій за змістом, що свідчить про відмінність у законодавчій техніці, а не у сутності правового регулювання.

Формулюючи диспозицію ч. 1 ст. 149 КК України, український законодавець поєднав міжнародно-правове розуміння сутності торгівлі людьми з такою формою цього злочину як власне торгівля людиною. В кримінально-правовій літературі торгівля людиною зазвичай трактується як вчинення щодо людини договору купівлі-продажу. При цьому аналіз судової практики засвідчує, що як торгівлю людиною найчастіше кваліфікують купівлю-продаж дитини².

Що стосується способів вчинення цього злочину, їх перелік загалом є співставним за змістом. І Директива, і КК України охоплюють примус, викрадення, обман, використання уразливого стану, підкуп третьої особи, яка контролює потерпілого. Водночас Директива прямо передбачає погрозу або застосування сили чи інші форми примусу, тоді як у ст. 149 КК України ці способи окремо не названі і охоплюються загальним поняттям примусу. Крім того, Директива виокремлює зловживання владою, що у національному законодавстві окремо не закріплено. Натомість у КК України передбачено використання матеріальної чи іншої залежності потерпілого, яка охоплює частину відповідних ситуацій, хоча і не є тотожною зловживанню владою, а також названо шантаж як спосіб вчинення цього діяння, який у Директиві окремо не виділяється. Крім того, у Директиві окремо названі шахрайство (fraud) та обман (deception), тоді як у ст. 149 КК України використано загальне поняття обману, що свідчить про менший ступінь диференціації при збереженні загального змісту. Окремо слід зазначити, що Директива передбачає надання чи отримання платежів або переваг для отримання згоди особи, яка контролює іншу людину, тоді як у ст. 149 КК України використано формулювання про підкуп третьої особи, яка контролює потерпілого, що акцентує на наданні вигоди і прямо не охоплює її отримання як окремий варіант.

Використання уразливого стану потерпілої особи є способом вчинення торгівлі людьми, передбаченим як у Директиві 2011/36/EU, так і в ст. 149 КК України. Директива (ч. 2 ст. 2) уразливий стан визначає як ситуацію, в якій особа не має реальної чи прийнятної альтернативи, окрім як підкоритися зловживанню. У ч. 2 примітки до ст. 149 КК України законодавець розкриває поняття уразливого стану докладніше, вказуючи на фізичні чи психічні властивості особи або зовнішні обставини, які позбавляють або обмежують здатність особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, приймати за своєю волею самостійні рішення, чинити опір насильницьким чи іншим

² Андрушко А.В. (2020). Теоретико-прикладні засади запобігання та протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи: монографія. Київ: Баїте. С. 208–209.

незаконним діям, збіг тяжких особистих, сімейних або інших обставин. Таким чином, українське кримінальне законодавство пропонує ширше та детальніше визначення цього способу впливу, тоді як Директива формулює його коротко, зосереджуючись на підкоренні зловживанню.

Ознака мети експлуатації є ключовою як у Директиві 2011/36/EU, так і в ст. 149 КК України, оскільки обидва акти визначають торгівлю людьми через поєднання конкретних дій із метою експлуатації потерпілої особи. Водночас існують й певні відмінності. У Директиві підкреслюється, що всі дії щодо особи вчиняються з метою експлуатації, тоді як з диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України випливає обов'язковість мети експлуатації лише для таких форм цього злочину, як вербування, переміщення, переховування, передача та одержання людини. Український законодавець виокремлює власне торгівлю людиною як окрему форму розглядуваного злочину через зворот «а так само». На практиці суди найчастіше кваліфікують як торгівлю людиною купівлю-продаж дитини, вчинену без наявності мети експлуатації, наприклад, для подальшого усиновлення. Було б дивно, якби законодавець вимагав наявності такої мети для цих випадків. Водночас формулювання ч. 1 ст. 149 КК України може схилити до висновку, що мета експлуатації стосується не лише вербування, переміщення, переховування, передачі та одержання людини, а й власне торгівлі людиною, адже уточнення про обов'язковість мети експлуатації подане після переліку всіх форм аналізованого злочину. У цьому контексті варто зазначити, що в міжнародних актах, таких як Протокол про запобігання та припинення торгівлі людьми, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, та Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми, вказівка на мету експлуатації міститься перед переліком конкретних форм цього злочину. Аналогічним чином сформульовані відповідні норми у законодавстві більшості зарубіжних держав, що, на мою думку, може бути корисним для вдосконалення українського законодавства. У цьому контексті також слід зазначити, що поняття торгівлі дітьми (нагадаю: як власне торгівлю людиною на практиці зазвичай кваліфікують торгівлю дітьми без мети їх експлуатації) відоме й міжнародному праву: ст. 2 Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії визначає торгівлю дітьми як будь-який акт або угоду, внаслідок яких дитина передається будь-якою особою або групою осіб іншій особі або групі осіб за винагороду або інше відшкодування. Таким чином, відповідні дії

вважаються торгівлею дітьми незалежно від наявності мети їх експлуатації, що узгоджується з підходом українського законодавства³.

Згідно з ч. 3 ст. 2 Директиви 2011/36/EU експлуатація включає, як мінімум, експлуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю або послуги, включаючи жебракування, рабство або практику, подібну до рабства, підневільне становище або експлуатацію злочинної діяльності, або видалення органів. У ч. 1 примітки до ст. 149 КК України наведено ширший перелік форм експлуатації, який включає всі форми сексуальної експлуатації, використання в порнобізнесі, примусову працю або примусове надання послуг, рабство або звичаї, подібні до рабства, підневільний стан, залучення в боргову кабалу, вилучення органів, проведення дослідів над людиною без її згоди, усиновлення (удочеріння) з метою наживи, примусову вагітність або примусове переривання вагітності, примусове одруження, примусове втягнення у зайняття жебрацтвом, втягнення у злочинну діяльність, використання у збройних конфліктах тощо. Таким чином, українське кримінальне законодавство деталізує й розширює перелік форм експлуатації, що передбачені Директивою, не суперечачи її мінімальним вимогам. Важливо також те, що український законодавець відповідний перелік не зробив вичерпним, адже поява нових форм експлуатації – питання часу.

У ч. 4 ст. 2 Директиви 2011/36/EU встановлено, що згода потерпілого на експлуатацію, умисну чи фактичну, не має значення, якщо використано будь-який із способів, перелічених у ч. 1 (тобто примус, обман тощо). В українському законодавстві аналогічна норма відсутня: ст. 149 КК України передбачає, що згода потерпілого на експлуатацію є об'єктом впливу, на який спрямоване використання примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого; безумовне ігнорування згоди дорослого потерпілого прямо не встановлено. Водночас ч. 3 примітки до ст. 149 КК України поширює таку безумовну відповідальність на дії щодо малолітніх та неповнолітніх, незалежно від використання способів для отримання згоди на їх експлуатацію.

У разі наявності дитини як потерпілої від вербування, переміщення, переховування, передачі або одержання як форм торгівлі людьми

³ Андрушко А.В. (2023). Кримінально-правова оцінка торгівлі дітьми, вчиненої без наявності мети експлуатації: проблемні питання. Державна політика щодо протидії торгівлі людьми і незаконній міграції: Україна та світ: збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції (9 червня 2023 р.) / упор. Р.М. Андрушин. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, С. 18–20; Андрушко А.В. (2020). Теоретико-прикладні засади запобігання та протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи: монографія. Київ: Ваіте. С. 209 – 210, 280–281.

кримінальна відповідальність настає незалежно від використання способів, передбачених стосовно дорослих, як у Директиві 2011/36/EU, так і в ст. 149 КК України. У Директиві (ч. 5 ст. 2) зазначено, що будь-які дії щодо дитини є злочином торгівлі людьми навіть без використання примусу, обману, шантажу чи інших способів, перелічених у ч. 1. В українському законодавстві (ч. 3 примітки до ст. 149 КК України) передбачено відповідальність за вербування, переміщення, переховування, передачу або одержання малолітнього чи неповнолітнього незалежно від застосування примусу, викрадення, обману, шантажу, уразливого стану, насильства або погрози його застосування, зловживання службовим становищем, використання матеріальної чи іншої залежності потерпілого, або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання її згоди на експлуатацію людини. Таким чином, національне законодавство деталізує способи впливу та конкретизує дії, на які поширюється відповідальність, залишаючись у принциповій відповідності з Директивою; відмінності зводяться до рівня деталізації та уточнення особливостей суб'єкта («малолітній чи неповнолітній» у КК України, «дитина» у Директиві) і конкретного переліку дій, вчинення яких визнається торгівлею людьми.

Порівняння положень ст. 4 Директиви 2011/36/EU та ст. 149 КК України загалом свідчить про відповідність національного законодавства встановленим стандартам покарання за торгівлю людьми та його диференціації залежно від обставин вчинення цього діяння, за наявності окремих відмінностей у законодавчій техніці та рівні деталізації. Директива вимагає, щоб за вчинення торгівлі людьми було передбачено максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк не менше п'яти років, а за наявності визначених обтяжуючих обставин – не менше десяти років. У ст. 149 КК України ці вимоги реалізовано через встановлення санкцій до восьми років позбавлення волі за основний склад злочину та до дванадцяти і п'ятнадцяти років – за кваліфіковані та особливо кваліфіковані склади відповідно, що цілком відповідає мінімальним стандартам Директиви.

Перелік обтяжуючих відповідальність обставин у цілому є співставним за змістом. Зокрема, як Директива, так і КК України посилюють відповідальність за вчинення розглядуваного злочину щодо дитини, у складі організованого об'єднання, із застосуванням насильства або за настання тяжких наслідків, а також у разі вчинення цього діяння службовою особою з використанням службового становища. Водночас у Директиві окремо виділено такі обтяжуючі обставини, як поставлення під загрозу життя потерпілого (у тому числі через грубу необережність) та вчинення цього злочину щодо особливо уразливої особи як узагальнюючої категорії, тоді як у КК України відповідні ситуації

охоплюються через конкретизовані ознаки (насильство, небезпечне для життя чи здоров'я, тяжкі наслідки, неповнолітній чи малолітній потерпілий) без їх узагальненого формулювання. Крім того, Директива вимагає розглядати як обтяжуючу обставину вчинення торгівлі людьми державним службовцем під час виконання ним своїх обов'язків, що в українському законодавстві реалізовано у вигляді такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення діяння службовою особою з використанням службового становища, що тягне за собою більш суворе покарання. Таким чином, ст. 149 КК України забезпечує належний рівень кримінально-правової реакції на торгівлю людьми, який відповідає вимогам Директиви 2011/36/EU. Виявлені відмінності зводяться переважно до способу нормативного формулювання та ступеня деталізації відповідних положень і не свідчать про наявність суттєвих прогалин чи суперечностей у правовому регулюванні.

Положення статей 5 і 6 Директиви 2011/36/EU передбачають обов'язок держав-членів забезпечити можливість притягнення юридичних осіб до відповідальності за розглядувані діяння, вчинені на їхню користь особою, яка діє індивідуально або як частина органу юридичної особи та наділена повноваженнями представляти юридичну особу, приймати рішення від її імені або здійснювати контроль у її межах, а також у випадках, коли відсутність належного нагляду чи контролю з боку такої особи уможливила вчинення таких діянь підпорядкованими особами. Крім того, Директива вимагає застосування до юридичних осіб ефективних, пропорційних та стримуючих санкцій, які включають штрафи та можуть включати інші санкції, зокрема позбавлення права на державні пільги чи допомогу; тимчасове або постійне позбавлення права займатися комерційною діяльністю; передача під судовий нагляд; ліквідація в судовому порядку; тимчасове або постійне закриття закладів, які використовувалися для вчинення правопорушення. Кримінальне законодавство України, як відомо, передбачає інститут заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, серед яких штраф, конфіскація майна, ліквідація, а також додаткові (нефінансові) заходи кримінально-правового характеру. Водночас застосування цих заходів обмежене переліком кримінальних правопорушень, визначених законом. У цьому контексті необхідно зазначити, що ст. 149 КК України не входить до переліку кримінальних правопорушень, за вчинення яких можуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. Таким чином, хоча національне законодавство передбачає можливість застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, вимоги Директиви 2011/36/EU щодо відповідальності юридичних осіб за торгівлю людьми імплементовані не повною мірою.

Таким чином, Україна досягла високого рівня формальної гармонізації з правом ЄС у сфері протидії торгівлі людьми; наявні відмінності мають характер не системних розбіжностей, а особливостей законодавчої техніки, рівня нормативної визначеності та механізмів реалізації. Водночас повна імплементація вимог щодо юридичних осіб на сьогодні не забезпечена, оскільки передбачені КК України заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб застосовуються лише за визначеним законом переліком кримінальних правопорушень, до якого торгівля людьми не включена.