



Осадчий Володимир Іванович

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри правосуддя
юридичного факультету Інституту управління,
технологій та права
Державного університету інфраструктури та
технологій,
м. Київ, Україна

**НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ (ст. 368⁵ КК УКРАЇНИ): КОРОТКИЙ
ОГЛЯД**

Анотація. Проаналізовано зміст кримінально-правової заборони (ст. 368⁵ Кримінального кодексу України (далі — КК) під етимологічним та юридичним кутом зору. Обґрунтовано пропозиції щодо доцільності корегування кола суб'єктів злочину та можливості притягнення особи до відповідальності за незаконне збагачення: а саме: за отримані (набуті) нею активи невідомого походження, вартість яких у визначеному законом розмірі перевищує її законні доходи.

Ключові слова та словосполучення: незаконне збагачення, набуття активів у власність, кримінальна відповідальність, суб'єкт.

Summary. Law N 263-IX of 31 October 2019, the Criminal Code of Ukraine (hereinafter referred to as the Criminal Code) has been supplemented by Article 368-5 “Illegal Enrichment”.

The subjects of this crime are persons listed in paragraph 1 of Part 1 of Article 3 of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”.

Considering that the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” defines legal and organizational principles of functioning of the system of prevention of corruption in Ukraine, the content and procedure of application of preventive anti-corruption mechanisms, rules on elimination of consequences of corruption offenses, it is stated expediency of expanding the circle of subjects.

Namely, based on the provisions of paragraph 2 of Art. 3 of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”, which refers to persons “who for the purposes of this Law are equated with persons authorized to perform functions of the state or local self-government”, has been proposed and to recognize these persons as the subjects of the crime, whose responsibility is provided for in Art. . 368-5 of the Criminal Code.

In the case of a positive solution to this issue, it is logical to bring to the common denominator understanding of the content of the concepts: “persons authorized to perform the functions of state or local government”, “person authorized to perform the functions of state” in other articles of the Criminal Code.

In addition, the content of the note to Art. 368 of the Criminal Code. In particular, it made reference to Art. 368-5 of the Criminal Code. While in the note to Art. 368-5 of the Criminal Code independently resolve all issues.

It is argued that when a person authorized to perform state or local government functions illegally acquires assets, then such acquisition occurs contrary to the requirements of the Civil Code of Ukraine (hereinafter - the Civil Code). And, therefore, that person, upon acquisition of the assets, cannot be their owner, as required by the Civil Code.

It is proved that the application of the norm of liability for illegal enrichment, based on the above conditions, is possible by establishing in Art. 368-5 of the Criminal Code of the responsibility of a person authorized to perform the functions of the state or local self-government, not for the acquisition by it of illegally owned assets, but for the assets obtained (acquired) of unknown origin, the value of which in a certain amount exceeds its legal income.

Key words and phrases: illegal enrichment, acquisition of assets in property, criminal liability, entity.

Законом України № 263-IX від 31. 10. 2019 р. КК було доповнено статтею 368⁵ «Незаконне збагачення» такого змісту:

«1. *Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, -*

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Примітка. 1. Особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є особи, зазначені у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції».

2. *Під набуттям активів слід розуміти набуття їх особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність, а також набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.*

3. *Під активами слід розуміти грошові кошти (у тому числі готівкові кошти, кошти, що перебувають на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах), інше майно, майнові права, нематеріальні активи, у тому числі криптовалюти, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, а також роботи чи послуги, надані особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.*

4. *Під законними доходами особи слід розуміти доходи, правомірно отримані особою із законних джерел, зокрема визначених пунктами 7 і 8 частини першої статті 46 Закону України «Про запобігання корупції».*

5. *При визначенні різниці між вартістю набутих активів та законними доходами не враховуються активи, які є предметом провадження у справах про*

визнання активів необґрунтованими та їх стягнення в дохід держави, а також активи, стягнуті в дохід держави в рамках такого провадження».

1. При ознайомленні зі ст. 368⁵ КК звертає на себе увагу перш за все те, що вона складається з однієї частини та Примітки з п'яти пунктів. І це відрізняє її від інших статей Особливої частини КК (скажімо, ст. 354 КК також має п'ять пунктів Примітки, проте ця стаття має і п'ять частин).

Крім того, ця єдина частина статті пронумерована. Зауважимо, що коли в 2001 р. приймався новий КК, статті, які містили лише одну частину, не нумерувались (див., напр.: ст. ст. 16, 21, 23, 26, 35, 117, 118, 124, 128 КК).

Проте в подальшому статті з одною частиною, якими доповнювався КК, інколи містили нумерації цієї частини, інколи — ні.

Так, наприклад, в 2015 р. КК було доповнено ст. 351-1 «Перешкоджання діяльності Рахункової палати, члена Рахункової палати». Єдина частина цієї статті була пронумерована.

В 2017 р. КК було доповнено ст. 126-1 «Домашнє насильство». Єдина частина цієї статті пронумерована не була.

Бажано дотримуватись одного підходу.

2. В п. 1 Примітки до ст. 368⁵ КК роз'яснюється зміст поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Так, зазначається, що особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є особи, зазначені у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції».

В цьому Законі особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, визначені:

а) Президент України, Голова Верховної Ради України, його Перший заступник та заступник, Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр України, віце-прем'єр-міністри України, міністри, інші керівники центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, та їх заступники, Голова Служби безпеки України, Генеральний прокурор, Голова Національного банку України, його перший заступник та заступник, член Ради Національного банку України, Голова та інші члени Рахункової палати, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Уповноважений із захисту державної мови, Голова Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Голова Ради міністрів Автономної Республіки Крим;

б) народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови;

в) державні службовці, посадові особи місцевого самоврядування;

г) військові посадові особи Збройних Сил України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України та інших утворених відповідно до законів військових формувань, крім військовослужбовців строкової військової служби, курсантів вищих військових навчальних закладів, курсантів вищих навчальних закладів, які мають у своєму складі військові інститути, курсантів факультетів, кафедр та відділень військової підготовки;

г) судді, судді Конституційного Суду України, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої ради правосуддя, посадові особи секретаріату Вищої ради правосуддя, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої

кваліфікаційної комісії суддів України, посадові особи секретаріату цієї Комісії, посадові особи Державної судової адміністрації України, присяжні (під час виконання ними обов'язків у суді);

д) особи рядового і начальницького складу державної кримінально-виконавчої служби, податкової міліції, особи начальницького складу органів та підрозділів цивільного захисту, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України;

е) посадові та службові особи органів прокуратури, Служби безпеки України, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України, дипломатичної служби, державної лісової охорони, державної охорони природно-заповідного фонду, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної податкової політики та державної політики у сфері державної митної справи;

є) Голова, заступник Голови Національного агентства з питань запобігання корупції;

ж) члени Центральної виборчої комісії;

з) поліцейські;

и) посадові та службові особи інших державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим;

і) члени державних колегіальних органів;

ї) Керівник Офісу Президента України, його Перший заступник та заступник, а також особи, які займають посади патронатної служби, визначені Законом України «Про державну службу», крім осіб, які виконують свої обов'язки на громадських засадах, помічники суддів.

Отже, саме ці особи і визначені як суб'єкти злочину, відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 368⁵ КК.

В той же час, в п. 2 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» вказано на осіб, «які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Це:

а) посадові особи юридичних осіб публічного права, які не зазначені у пункті 1 частини першої цієї статті, особи, які входять до складу наглядової ради державного банку, державного підприємства або державної організації, що має на меті одержання прибутку, господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі;

б) особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, приватні виконавці, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними цих функцій, інші особи, визначені законом);

в) представники громадських об'єднань, наукових установ, навчальних закладів, експертів відповідної кваліфікації, інші особи, які входять до складу конкурсних та дисциплінарних комісій, утворених відповідно до Закону України «Про державну службу», Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», інших законів (крім іноземців-нерезидентів, які входять до складу таких комісій), Громадської ради доброчесності, утвореної

відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», і при цьому не є особами, зазначеними у пункті 1, підпункті «а» пункту 2 частини першої цієї статті.

Зважаючи, що Закон України «Про запобігання корупції» визначає правові та організаційні засади функціонування системи запобігання корупції в Україні, зміст та порядок застосування превентивних антикорупційних механізмів, правила щодо усунення наслідків корупційних правопорушень, а також виходячи з вимог положень п. 2 ст. 3 цього Закону, чи не є доцільним корегування кола суб'єктів злочину, відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 368⁵ КК? Тобто визнавати суб'єктами цього злочину і осіб, перерахованих в п. 2 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції».

У разі позитивного вирішення цього питання, логічним вбачається і приведення до спільного знаменника розуміння змісту понять: «особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», «особа, яка уповноважена на виконання функцій держави» в інших статтях КК.

Так, один із зазначених вище термінів вживається, крім ст. 368⁵ КК, в статтях КК:

в ст. 358 — «особою, яка уповноважена на виконання функцій держави»,

в ст. 366¹ — «особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування»,

в ст. 369² — «особою, уповноваженою на виконання функцій держави».

В Примітці цієї статті зазначено: «Особами, уповноваженими на виконання функцій держави, є особи, визначені в пунктах 1-3 частини першої статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції».

Крім того, позитивно було б вирішено питання про зміст примітки до ст. 368 КК. Зокрема, в ній зроблена вказівка на ст. 368⁵ КК. В той час як в примітці до ст. 368⁵ КК передбачено «самостійне вирішення питань».

Можливо, що слушним буде роз'яснення окремих позицій статей Особливої частини КК до кожного з Розділів.

3. В ст. 368⁵ КК відповідальність пов'язується з:

1) **набуттям** особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, **активів у власність**,

2) **набуттям активів у власність** іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування,

3) **можливістю** особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права **рознорядження** ними.

Що представляє собою зміст поняття⁶ «набуття активів у власність»? Розглянемо зміст цього поняття під етимологічним кутом зору.

⁶ «Поняття» — «одна із форм мислення, результат узагальнення суттєвих ознак об'єкта дійсності» // Новий тлумачний словник української мови. У 3-х томах. — К.: Вид-во «Аконіт», 2008, т. 2, с. 794.

Так, одне із значень терміну⁷ *«набувати»* — ставати власником кого-, чого-небудь, діставати, здобувати кого-, що-небудь; збирати, наживати, нагромаджувати протягом якогось часу [1, с. 248].

Власник — господар якихось речей, майна і т. ін. на правах приватного або суспільного *володіння*, посідач, володільник, властитель, володар; людина, яка прагне сама цілком володіти чим-небудь, не ділячись з іншими. **Володіти** — означає, зокрема, мати що-небудь у своїй власності [2, с. 357, 369].

Етимологічне значення терміну *«власність»* (одне із значень) — належність чогось кому-, чому-небудь із правом *розпоряджатися* [3, с. 357].

Розпоряджатися — означає, в т.ч., *діяти* стосовно до чого-небудь *на свій розсуд*; *використовувати* що-небудь, знаходячи йому застосування [4, с. 186].

Отже, виходячи з етимологічного розуміння змісту наведених термінів, якщо особа набула активи у власність, вона ними володіє, користується і розпоряджається.

В цьому контексті зазначений в диспозиції ст. 368⁵ КК такий об'єктивний прояв злочину як «можливість особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тожонні за змістом здійсненню права розпорядження ними» (*нами він окреслений як третій об'єктивний прояв злочину* — позначено арабською цифрою «3») фактично врахований у такому об'єктивному прояві злочину як «набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» (*нами він окреслений як другий об'єктивний прояв злочину* — позначено арабською цифрою «2»).

4. Зауважимо й щодо моменту, коли особа набуває активи у власність.

Вчинення злочину, відповідальність за який передбачена ст. 368⁵ КК, характеризується тим, що особа уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, *набуває у власність* активи, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи.

Вказівка в ст. 368⁵ КК на те, що набуті особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активи перевищують більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян її законні доходи, означає, що такі активи набуті саме в незаконний спосіб.

Набуття права власності регламентується статтями глави 24 Цивільного кодексу України (далі — ЦК). Зокрема, в ст. 328 ЦК «Підстави набуття права власності» зазначено, що право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів (ч. 1). Право власності вважається

⁷ **«Термін»** — «слово або словосполучення, що означає чітко окреслене спеціальне поняття якої-небудь галузі науки, техніки, мистецтва, суспільного життя тощо» // Новий тлумачний словник української мови. У 3-х томах. — К.: Вид-во «Аконіт», 2008, т.3, с. 524.

набутим правомірно, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом (ч. 2)».

Особа ж, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як зазначено в ст. 368⁵ КК, набуває активи в незаконний спосіб. Отже, таке набуття відбувається всупереч вимогам ЦК. І, таким чином, ця особа, фактом набуття активів, не може бути їх власником, відповідно до вимог ЦК.

Про те, що така особа не може бути власником активів, відповідно до вимог ЦК зазначалось і раніше, коли була ще чинною в ст. 368² КК, в якій також відповідальність пов'язувалась з набуттям активів саме у власність [5, с. 63-69].

Чи можна таку особу за наведених умов притягувати до відповідальності за ст. 368⁵ КК?

Як зазначено в п. 2 Примітки до ст. 368⁵ КК, особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набуває активи саме у власність. А оскільки набуття активів у власність, згідно вимог ЦК, не відбулось, то як притягувати таку особу до відповідальності за ст. 368⁵ КК? Хіба що гіпотетично можна вибудовувати версію про готування чи замах на злочин, відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 368⁵ КК.

Реально ж за даних умов можна говорити про набуті активи, без набуття права власності на них. Якщо такі активи набуті в певний незаконний спосіб, то така особа може бути притягнутою до відповідальності за певне конкретне діяння за наявності відповідних підстав. Наприклад, за отримання неправомірної вигоди.

Чи може особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, продемонструвати, що вона є власником набутих в незаконний спосіб активів? Так, може, якщо вона легалізує їх шляхом вчинення злочину, відповідальність за який передбачена ст. 209 КК.

Однак, для притягнення особи до відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК), потрібно, зокрема, доказати наявність предикатного діяння (внаслідок такого діяння ці доходи і з'являються). За це предикатне діяння, особа, яка його вчинила, повинна відповідати. Особа, яка легалізує доходи, одержані внаслідок такого діяння, повинна відповідати за ст. 209 КК [6].

Отже, якщо особа притягується до кримінальної відповідальності за предикатне діяння, тобто за те, що вона в певний спосіб отримала якісь активи, а коли ці активи легалізуються цією чи іншою особою (яка предикатне діяння не вчиняла) і така особа притягується до відповідальності за ст. 209 КК, то де місце для застосування ст. 368⁵ КК?

Постановка питання саме таким чином узгоджується і зі змістом п. 5 Примітки до ст. 368⁵ КК — при визначенні різниці між вартістю набутих активів та законними доходами не враховуються активи, які є предметом провадження у справах про визнання активів необґрунтованими та їх стягнення в дохід держави, а також активи, стягнуті в дохід держави в рамках такого провадження.

Але як розцінювати активи, що знаходяться поза предикатним діянням і в той же час не охоплюються законними доходами (невідоме походження

активів)? Легалізувати їх відповідно до ст. 209 КК не можна, оскільки вони не одержані внаслідок вчинення конкретного предикатного діяння

Сінгапурський досвід протидії корупції показує, що суди трактували ту обставину, що обвинувачений жив не по доходам чи мав об'єкти власності, котрі не міг придбати на свої доходи, як доказ того, що обвинувачений отримував хабарі [7, с. 137].

В контексті викладеного, можливо, слід **встановити в ст. 368⁵ КК відповідальність** особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не за набуття нею у незаконний спосіб активів у власність, а **за отримані (набуті) нею активи невідомого походження, вартість яких у визначеному законом розмірі перевищує її законні доходи.**

Література:

1. Новий тлумачний словник української мови. У 3-х томах. — К.: Вид-во «Аконіт», 2008, т. 2, с. 794.
2. Новий тлумачний словник української мови. У 3-х томах. — К.: Вид-во «Аконіт», 2008, т. 1, с. 357, 369.
3. Там само, с. 357.
4. Новий тлумачний словник української мови. У 3-х томах. — К.: Вид-во «Аконіт», 2008, т. 3, с. 186.
5. Осадчий В.І. Корупційні злочини: монографія. — К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2016.
6. Осадчий В.І. Проблеми конструювання ст. 209 КК України // Dictum Factum. — 2019. — № 1. — С. 252-258.
- 7 Ю, Ли Куан. Из третьего мира — в первый. История Сингапура (1965-2000). — М.: Манн, Иванов и Фарбер. 2013.