

УДК: 343.352(477)

Трофименко Роман Володимирович – старший консультант управління Головного управління по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю Служби безпеки України

Шляхи удосконалення правового механізму протидії незаконному збагаченню

У статті розкриваються проблеми правового регулювання протидії незаконному збагаченню суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення адміністративно- та кримінально-правовими методами, пропонуються шляхи удосконалення законодавства в цій сфері.

Ключові слова: незаконне збагачення, протидія корупції, неправомірна вигода, декларація про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру.

Постановка проблеми. Законом України від 18 жовтня 2006 року № 251-V ратифіковано Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції (далі – Конвенція) [1], норми якої у подальшому імплементовані до національного антикорупційного законодавства. Зокрема, введено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (ст. 368-2 Кримінального кодексу України) [2], що мала стати одним із головних правових інструментів протидії корупції.

Водночас, як свідчить здійснений порівняльний аналіз зазначених правових норм, зміст ст. 368-2 КК України є звуженим по відношенню до змісту ст. 20 Конвенції (детальне обґрунтування наводиться нижче). Зазначена обставина безпосередньо впливає на зменшення можливостей спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції. Тобто значна обмеженість сфери застосування ст. 368-2 КК України обумовлює низьку ефективність протидії незаконному збагаченню на практиці.

Згідно з офіційною статистикою, у 2012 році правоохоронною системою викрито лише 12 відповідних злочинів, що становить 0,4 % від загальної кількості злочинів з ознаками корупції (2748). Звіт про стан протидії корупції (форма 1-кор) за 6 місяців п. р. містить дані лише щодо двох кримінальних проваджень за ст. 368-2 КК України [3].

© Р. В. Трофименко, 2013

Разом з цим, на нашу думку, в умовах корумпованості інститутів суспільства і держави, зокрема, органів державної влади, протидія лише безпосереднім проявам корупції, як-то “хабарництву”, без жорсткого обмеження можливостей використовувати протиправно здобуті матеріальні блага, не дасть належного позитивного ефекту. Цей висновок ґрунтується, зокрема, на умовиводі, що в разі відсутності реальної можливості використовувати кошти від корупції, автоматично буде втрачений сенс у їх отриманні корупційним шляхом.

Вказане вище обумовлює необхідність удосконалення відповідних положень кримінального закону з метою його наближення до норми Конвенції. Доцільність цього визначається міжнародними експертами, на виконанні рекомендацій яких щодо продовження упровадження міжнародних стандартів у сфері відповідальності за корупційні правопорушення наголошувалося у цьогорічному посланні Президента України до Верховної Ради України [4, с. 126]. Так, “перегляд складу злочину “незаконне збагачення” з метою приведення його у відповідність до статті 20 Конвенції ООН проти корупції”, передбачений рекомендаціями 2.1–2.2, що містяться у звіті про другий раунд моніторингу України в рамках Стамбульського плану дій [5].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Про важливу роль кримінальної відповідальності за незаконне збагачення наголошується у наукових джерелах із кримінального права. Відповідну норму закону у своїх працях розглядали такі дослідники: П. П. Андрушко, О. О. Дудоров, М. В. Кочеров, В. І. Тютюгін, Є. Л. Стрельцов, М. І. Хавронюк та інші [6; 7; 8; 9].

Метою статті є визначення основного інструменту та правового механізму протидії незаконному збагаченню. У свою чергу, завданнями є: дослідження норм Конституції, кримінального та антикорупційного законодавства України, зокрема шляхом здійснення порівняльного аналізу кримінально-правового змісту статті 20 Конвенції та статті ст. 368-2 КК України, для пошуку в рамках існуючої правової системи напрямків опанування окресленої проблеми.

Виклад основного матеріалу. Зміст положень статті 368-2 КК України з моменту розробки нового антикорупційного законодавства до сьогодні викликає дискусії як серед представників наукової спільноти, так і практиків. Так, у пункті 22 частини 1 статті 92 Конституції України [10] зазначено, що виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них (частиною 3 статті 3 КК України ця норма конкретизується). При цьому, відповідно до частини першої статті 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Конвенція (ст. 20) вказує на необхідність вжиття заходів для визнання злочином “умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати”. На думку автора, це визначення може бути взірцем конструкції незаконного збагачення, оскільки воно розкриває суть цього діяння та відповідає простій арифметиці: $NЗ = \text{фактичний приріст активів (за визначений період часу)} - \text{законні доходи (отримані за той же період)}$. У статті 20 Конвенції ООН проти корупції пропонується визнавати злочином незаконне збагачення, для якого властиві такі ознаки: 1) збагачення виявляється у значному збільшенні активів; 2) воно перевищує її законні доходи; 3) його суб’єктом є державна посадова особа; 4) це перевищення державна посадова особа не може раціонально обґрунтувати; 5) незаконне збагачення здійснюється умисно.

Водночас чинним Кримінальним кодексом України (стаття 368-2) незаконне збагачення формулюється як “одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу” (схоже за змістом визначення незаконного збагачення містилося у статті 368-1 КК України, яка втратила чинність). Ознаками незаконного збагачення згідно зі ст. 368-2 КК України є:

а) одержання неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам; б) таке одержання здійснюється службовою особою (примітка до ст. 364 КК України); в) неправомірною вигодою є грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які службова особа без законних на те підстав одержала безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову, за відсутності ознак статті 368 КК України (за відсутності ситуації вчинення чи не вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища) [7, с.1079].

Таким чином, ст. 368-2 КК України може бути застосовано переважно у випадках, коли у справах про злочин, передбачений ст. 368 КК України, неможливо довести факт одержання вилученої у службової особи неправомірної вигоди за вчинення чи не вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, будь-якої дії з використанням наданої їй службової влади чи службового становища. Тобто, стаття 368-2 КК України не в повній мірі відповідає змісту ст. 20 Конвенції та духу цього базового положення, а відтак суттєво звужується спектр її застосування. Таким чином, втрачається потенціал ст. 20 Конвенції, оскільки має місце лише часткова імплементація цієї правової норми в національне законодавство.

Окремі науковці зазначають, що повноцінна імплементація ст. 20 Конвенції ускладнюється пануванням у законодавстві України принципу презумпції невинуватості [8, с. 314]. Так, стаття 20 Конвенції пропонує встановити в національному законодавстві відповідальність за незаконне збагачення “за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи”. Стаття 20 Конвенції також містить вимогу до державної посадової особи “раціонально обґрунтувати перевищення законних доходів”, що, на думку окремих фахівців, не відповідає положенню ст. 62 Конституції України, відповідно до якої “ніхто не зобов’язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину”.

Водночас, цю проблему обмеженого застосування ст. 20 Конвенції у зв’язку із зазначеним тлумаченням конституційної норми можливо вирішити, якщо:

- не використовувати у кримінальному законодавстві зобов’язання раціонально обґрунтувати перевищення законних доходів для доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину;

- натомість передбачити в антикорупційному законодавстві (зокрема, у декларації про майно, доходи, витрати і зобов’язання фінансового характеру – додаток до Закону України “Про засади запобігання і протидії корупції” (далі – Закон № 3206-VI) [11]) надання письмового дозволу суб’єктом відповідальності за корупційні правопорушення (декларантом) на перевірку викладених у декларації відомостей, у тому числі і тих, що становлять банківську таємницю, а також письмової згоди на подання на вимогу уповноваженого підрозділу (органу) підтверджуючих матеріалів та даних до змісту декларації (документи або письмові повідомлення з посиланням на документи та фізичних і юридичних осіб, які володіють відповідною інформацією), зокрема, під час адміністративної процедури її перевірки.

Така форма надання даних про майновий та фінансовий стан державної посадової особи не є доведенням її невинуватості у вчиненні злочину, натомість становить елемент механізму виконання посадовцем вимог адміністративної процедури фінансового контролю відповідно до норм антикорупційного законодавства. В даному випадку посадовець не доводить свою невинність, а лише виконує антикорупційні зобов’язання надавати достовірні відомості про свої доходи, витрати та зобов’язання фінансового характеру. Це також узгоджується з положеннями статті 16 Закону України “Про державну службу” щодо встановлення законами обмежень, пов’язаних з проходженням державної служби.

З урахуванням викладеного вище, існує можливість, дотримуючись конституційних принципів, розробити правовий механізм протидії незаконному збагаченню. На думку автора, основним інструментом цього механізму має стати антикорупційна декларація (додаток до За-

кону № 3206-VI), що також потребує удосконалення в інтересах його ефективного функціонування.

Для формулювання правового механізму протидії незаконному збагаченню слід здійснити диференціацію його проявів за ознакою мети внесення спотворених даних до антикорупційної декларації. Так, пропонується поділ проявів незаконного збагачення на два види:

– надання (внесення) до декларації даних про майновий та фінансовий стан декларанта, які не включають незаконно отримані матеріальні блага (документальне зменшення активів декларанта з метою приховати фактично наявні матеріальні блага та/або операції з ними);

– надання до декларації даних про майновий та фінансовий стан декларанта, які включають також дані про матеріальні блага, що отримані незаконно, та/або операції з ними (з метою їх легалізації шляхом декларування).

В цілому ж, для створення в Україні ефективного правового механізму протидії незаконному збагаченню, на думку автора, необхідно:

1. Внести зміни до антикорупційної декларації (додаток до Закону № 3206-VI), в якій передбачити надання (при заповненні декларації) письмового дозволу суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення (декларантом) на перевірку викладених у ній відомостей, у тому числі і тих, що становлять банківську таємницю (одночасно необхідно скорегувати режим доступу до таких відомостей шляхом внесення змін до Закону України “Про банки та банківську діяльність”).

2. Внести зміни до примітки 11 додатку до Закону № 3206-VI щодо зменшення мінімальної суми витрат, що підлягає декларуванню, до 20–30 тис. грн. (за законом у наступному році вона становитиме 80 тис. грн [12]). При цьому передбачити, що декларування має здійснюватися не лише у випадку перевищення разової витрати зазначеної вище межі (наприклад, високовартісний товар з метою приховувати витрати від декларування можна придбати декількома разовими платежами), але й в разі перевищення зазначеної межі витратами на придбання одиниці (групи) товару (послуг). Це саме стосується й зменшення мінімальної суми вкладу/внеску, яка для ухилення від декларування також не має піддаватися штучному дробленню.

3. Внести зміни до антикорупційної декларації, де передбачити письмове зобов'язання декларанта (при цьому в Законі № 3206-VI слід чітко визначити відповідальність за невиконання зобов'язання, насамперед звільнення з посади, з подальшою заборонаю виконувати функції держави та місцевого самоврядування протягом 3 років) про обов'язкове надання ним на вимогу уповноваженого суб'єкта підтверджуючих матеріалів та даних до змісту декларації (документи або письмові повідомлення (з посиланням на документи та фізичних і юридичних осіб, які володіють

відповідною інформацією), зокрема, під час адміністративної процедури її перевірки, що не є доведенням невинуватості у вчиненні злочину, натомість становить елемент механізму виконання посадовцем вимог адміністративної процедури фінансового контролю відповідно до норм антикорупційного законодавства.

В даному випадку фактично буде удосконалено механізм допуску особи до виконання функцій держави або місцевого самоврядування за аналогією із механізмом допуску до державної таємниці, передбаченим Законом України “Про державну таємницю” (ст. 22 передбачає одержання у письмовій формі згоди громадянина на встановлені законом обмеження його прав).

4. Такі ж самі дозволи та зобов’язання в антикорупційній декларації мають бути передбачені для членів сім’ї декларанта (перелік таких осіб доцільно розширити, включивши до нього близьких родичів (мати, батько), що не проживають з декларантом), дані про яких вносяться до зазначеної декларації (при цьому, в разі невнесення когось з членів сім’ї до декларації – слід вважати її такою, що містить недостовірні дані).

Доцільно також розробити детальні методичні рекомендації щодо заповнення антикорупційної декларації (з подальшим затвердженням постановою Уряду) з метою уникнення неоднозначного сприйняття декларантами вимог Закону щодо фінансового контролю.

5. Внести зміни до ст. 12 Закону № 3206-VI, де, крім перевірки фактів своєчасності подання декларацій, перевірки декларацій на наявність конфлікту інтересів, логічного та арифметичного контролю декларацій, що можна визначити як складові первинної перевірки (первинний фінансовий контроль, котрий проводиться уповноваженими підрозділами з питань запобігання та виявлення корупції, що діють (утворюються) в державних органах), встановити засади проведення поглибленої перевірки щорічних антикорупційних декларацій спеціально уповноваженим суб’єктом у сфері протидії корупції. Для цього у законі серед іншого необхідно передбачити:

- визначення переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, декларації яких підлягають щорічній обов’язковій поглибленій перевірці (включити до нього осіб, зазначених у підпункті “а” п. 1 ч. 1 ст. 4 Закону № 3206-VI, народних депутатів України та ін.);

- визначення переліку випадків обов’язкової поглибленої перевірки відомостей декларацій інших осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування та прирівняних до них осіб;

- наділити спеціально уповноважених суб’єктів у сфері протидії корупції, які будуть проводити поглиблену перевірку щорічних анти-

корупційних декларацій, відповідними повноваженнями, в т. ч. щодо отримання від декларантів додаткових матеріалів та письмової інформації (в разі відсутності перших), отримання необхідної інформації та документів від інших фізичних та юридичних осіб, зокрема, шляхом оперативного забезпечення даними Міністерства доходів і зборів та Держфінмоніторингу України [9, с. 305], проведення експертизи фінансових та інших документів тощо.

При цьому на законодавчому рівні слід закріпити:

– обов'язок суб'єктів первинного фінансового контролю (уповноважені підрозділи з питань запобігання та виявлення корупції, що утворюються (визначаються) в державних органах) інформувати спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції, що мають право на поглиблену перевірку, про виявлені порушення з боку декларантів;

– обов'язок фізичних та юридичних осіб виконувати законні вимоги спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції в рамках проведення ними перевірок антикорупційних декларацій.

6. Підготовка та затвердження постановою Уряду Порядків первинної та поглибленої перевірок щорічних антикорупційних декларацій. Порядок первинної перевірки декларацій, крім методики їх вивчення фахівцями з питань запобігання корупції за місцем роботи декларанта, має містити перелік ознак незаконного збагачення.

7. Запровадження кримінальної відповідальності (зміни до ст. 368-2 КК України) за умисне надання до декларації недостовірних даних про фактичний майновий та фінансовий стан декларанта – документальне (декларативне) зменшення фактичних активів декларанта з метою приховати матеріальні блага та/або операції з ними, законність набуття (отримання) яких не може бути підтверджена. Покарання за вказане вище правопорушення має бути, насамперед, у вигляді значних грошових стягнень, кратних сумі незаконного збагачення.

При цьому, в ст. 12 Закону № 3206-VI необхідно чітко визначити, що за несвоєчасне подання декларації передбачається адміністративна відповідальність (але звільнення з посади є наслідком повторного аналогічного правопорушення), за умисне надання недостовірних даних – кримінальна відповідальність. У даному випадку доказами мають бути документально підтвержені відомості про фактично наявне, але не задеклароване майно, що перебуває у власності, в оренді чи на іншому праві користування декларанта, витрати декларанта на придбання такого майна або на користування ним, інші витрати, доходи, і зобов'язання фінансового характеру.

Наприклад, отримано дані про те, що у декларанта два роки перебуває у власності, в оренді чи на іншому праві користування високоцінний автомобіль, що не відображено у декларації. В даному випа-

дку за визначеною вище адміністративною процедурою ініціюється та проводиться обов'язкова ґрунтовна перевірка відомостей відповідної декларації. Якщо в ході перевірки з'ясується факт свідомого невнесення у декларацію автотранспортного засобу (тобто декларант повторно не надасть дані про користування ним відповідним автомобілем), у рамках кримінального провадження здійснюється збирання доказів для підтвердження перебування у власності, в оренді чи на іншому праві користування декларанта високовартісного автомобіля.

Або встановлено факти придбання декларантом в період, за який здійснюється декларування, предмету антикваріату вартістю 151 тис. грн, що також не відображено в декларації, оскільки відповідна річ придбана за кошти від корупції. Знову ж таки, для підтвердження умисного характеру надання декларантом недостовірних даних проводиться адміністративна процедура поглибленої перевірки відомостей відповідної декларації. Збираються докази придбання декларантом відповідного предмету і т. ін.

При цьому, з метою запобігання зловживанням під час правозастосовної діяльності правоохоронних органів запровадження кримінальної відповідальності за умисне недекларування доцільне у випадку, коли майно, що перебуває у власності, в оренді чи на іншому праві користування декларанта, витрати декларанта на придбання такого майна або на користування ним, інші витрати, доходи, і зобов'язання фінансового характеру в грошовому еквіваленті перевищують спеціально визначений для цього у кримінальному законі значний розмір (має відповідати зазначеній у п. 2 мінімальній сумі витрат (вкладу/внеску), що підлягає декларуванню).

8. Запровадження кримінальної відповідальності (зміни до ст. 368-2 КК України) за внесення до декларації даних про доходи та активи декларанта, законність набуття (отримання) яких не може бути підтверджена.

Наприклад, декларант повідомляє про придбання у звітному році нерухомості вартістю 800 тис. грн, отримання у спадок 750 тис. грн, а також заробітну плату та матеріальну допомогу в сумі 100 тис. грн. Водночас встановлюється, що насправді ним успадковані лише 100 тис. грн, заробітна плата та матеріальна допомога становить ще 100 тис. грн, а інші доходи відсутні. Тобто, 600 тис. грн. здобуті декларантом незаконно. За даним фактом має бути почате кримінальне провадження.

Висновки. Детальне опрацювання, підготовка та внесення вказаних вище змін до антикорупційного законодавства та статті 368-2 КК України (криміналізація діянь, передбачених пп. 7,8 та 4 вказаних вище пропозицій) максимально наблизить диспозицію закону про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення до конструкції правопорушення, яка міститься у статті 20 Конвенції, дотримуючись при цьому

Конституції України та основоположних принципів національної правової системи. Це також дозволить виконати відповідні рекомендації Стамбульського плану дій. Запровадження ефективного механізму протидії незаконному збагаченню має позитивно вплинути на стан боротьби з корупцією, що здійснюється спеціально уповноваженими суб'єктами у сфері протидії корупції та іншими державними органами.

Список використаних джерел

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовт. 2003 р. [Текст] // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2007. – № 49. – ISSN 0320-7978.

2. Кримінальний кодекс України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III [Текст] // Голос України. – 2001. – № 107. – 19 черв.

3. Статистична звітність за формою 1-кор : затверджена Наказом Генеральної прокуратури, Міністерства внутрішніх справ, Служби безпеки, Міністерства доходів і зборів, Міністерства оборони та Державної судової адміністрації України від 22 квіт. 2013 р. № 52/394/172/71/268/60 “Про затвердження Інструкції про порядок обліку кримінальних та адміністративних корупційних правопорушень” / Відомий документ.

4. Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2013 році : щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України [Текст] – К. : НІСД, 2013. – 576 с. – ISBN 978-966-554-187-5.

5. Звіт про другий раунд моніторингу України в рамках Стамбульського плану дій Мережі по боротьбі з корупцією для Східної Європи та Центральної Азії Організації економічного співробітництва та розвитку від 8 груд. 2010 р. – Париж, 2010. – 174 с.

6. Кочеров М. В. Поняття службової особи як суб'єкта незаконного збагачення [Текст] / М. В. Кочеров // Адвокат. – 2012. – № 9 (144). – С. 37–40.

7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України [Текст] / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – [9-те вид., перероб. і доп.]. – К. : Юрид. думка, 2012. – 1316 с. – ISBN 978-966-326-437-0.

8. Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Закону України “Про засади запобігання і протидії корупції” [Текст] / М. І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2011. – 424 с. – ISBN 978-966-326-412-7.

9. Закон України “Про засади запобігання і протидії корупції”. Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення” : Науково-практичний коментар // Відп. ред. : С. В. Ківалов і Є. Л. Стрельцов. – Х. : Одиссей, 2011. – 344 с. – ISBN 978-617-610-062-1.

10. Конституція України від 28 черв. 1996 р. [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. – ISSN 0320-7978.

11. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 7 квіт. 2011 р. № 3206-VI // Голос України. – 2011. – № 107. – 15 черв.

12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації державної антикорупційної політики : Закон України від 14 трав. 2013 р. № 224-VII // Голос України. – 2013. – № 106. – 8 черв.

В статье раскрываются проблемы правового урегулирования противодействия незаконному обогащению субъектов ответственности за коррупционные правонарушения административно- и уголовно-правовыми методами, предлагаются пути совершенствования законодательства в этой сфере.

In the article the problems of legal settlement of counteraction the illegal enriching of subjects of responsibility for corruption offences by administrative methods and methods of criminal law are examined. The ways of improvement of legislation in this sphere are offered.

Стаття надійшла до редакції журналу 5 вересня 2013 року.