



Оксана Олександрівна Книженко,
доктор юридичних наук, професор
(Національна академія прокуратури України, Київ)

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ

У роботі увагу приділено аналізу чинної редакції диспозиції норми статті 368² Кримінального кодексу України (далі – КК України), а також виду та розміру покарання, яке законодавець вважає необхідним та достатнім за незаконне збагачення. Обстоюється думка, що в чинному КК України було доцільно незаконне збагачення визначити як значне збільшення активів державної посадової особи, що перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати. Констатується, що законодавець, наводячи дефініцію поняття «покарання», не врахував положень ст. 59 КК України.

Ключові слова: *корупція, корупційне правопорушення, корупційний злочин, корупційна злочинність, протидія, запобігання.*

ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ. Протидія корупційним проявам є одним із пріоритетних напрямів нашої держави. Зважаючи на це, не випадково внесені численні зміни до законодавства, які мали б вдосконалити таку діяльність. Проте їх вивчення може свідчити про зворотнє.

У цій роботі основна увага приділена аналізу чинної редакції диспозиції норми ст. 368² Кримінального кодексу України (далі – КК Украї-

ни), а також виду та розміру покарання, яке законодавець вважає необхідним та достатнім за незаконне збагачення. Саме вказане й є **МЕТОЮ** цієї статті.

Виклад основного матеріалу. Відзначимо, що порушене питання вже було предметом вивчення. Правники докладно описували ознаки незаконного збагачення, проводили його відмежування від суміжних правопорушень. Однак Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р., яким визначаються правові основи організації та діяльності Національного антикорупційного бюро України, змінено редакцію ст. 368² КК України «Незаконне збагачення». Так, замість уже звичної норми «одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу (незаконне збагачення)», маємо іншу – «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі».

Крім потреби оцінити нову редакцію Закону, також необхідно піддати аналізу заходи реагування держави на вчинений злочин.

Стосовно першого питання наголосимо, що, виходячи з диспозиції норми, що аналізується, законодавець фактично поклав обов'язок доводити законність підстав набуття у власність активів у значному розмірі на суб'єкта злочину. Верховна Рада України, змінюючи редакцію ст. 368² КК України не дослухалася й до висновку Головного науково-експертного управління від 29.01.2015 р., в якому вказується, що така редакція закону про кримінальну відповідальність порушує гарантовану ст. 62 Конституції України презумпцію невинуватості особи у вчиненні злочину, відповідно до якої особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Підтримуємо думку, що буквальне тлумачення запропонованої норми КК України свідчить саме про те, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, повинна буде доказувати факт законності набуття активів у «значному розмірі» задля того, щоб її не звинуватили у незаконному збагаченні.

Хочеться також зауважити, що в пояснювальних записках, якими пропонувалося внести наведені зміни, відсутнє належне їх обґрунтування. Зокрема, у записці до Законопроекту № 1660-1 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного

агентства з питань запобігання корупції», яким передбачено відповідальність за набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, її близькою особою у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджена доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі відсутнє будь-яке обґрунтування криміналізації вказаних дій [1].

У пояснювальній записці до Законопроекту № 1660, яким пропонується криміналізувати одержання особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність необґрунтованого майна, підставою доцільності такої відповідальності вважалось положення ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, ратифікованої Законом України від 18 жовтня 2006 р. [2]. Так, згідно з цією нормою держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може довести [3]. Далі автори Законопроекту відзначають, що, беручи до уваги об'єктивні українські реалії (у тому числі отримання більшістю населення заробітної плати неофіційно, «в конверті»), більшість громадян не зможе підтвердити джерело походження навіть незначного по вартості майна. Із цієї причини ними запропоновано ввести кримінальну відповідальність за незаконне збагачення за придбання не будь-якого майна (купівля якого не може бути обґрунтована), а лише того, що за своєю вартістю явно значно виходить за межі офіційних доходів особи [2].

Таке обґрунтування відповідальності викликає не просто зауваження, а навіть здивування, і ось з якого приводу. Вказівка авторів Законопроекту на отримання більшістю населення заробітної плати «в конверті» скоріше мала б розглядатися як підстава декриміналізації, а не криміналізації. Так, у доктрині кримінального права під час розроблення проблем декриміналізації вказується на те, що декриміналізація є вимушеною, якщо закон вперто не виконується значною частиною населення [4, с. 104].

Вважаємо, що більш правильно було б незаконне збагачення в чинному КК України визначити як значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати. Відтворення ст. 20 згаданої Конвенції, по-перше, не зобов'язувало б особу доказувати свою невинуватість, як це має місце в нинішній редакції, по-друге, не виникало б питання про визначення поняття «набуття». Так, уявімо таку ситуацію. Особа накопичує кошти, не розміщуючи їх на депозитному вкладі, а зберігаючи вдома. Зібравши

певну суму, вона придбає за неї інше майно. Із формальної точки зору такі дії начебто мають підпадати під набуття активів, проте набуття як такого не відбувається, особа лише один вид активу перевела в інший.

У цьому контексті більш обґрунтованим було поняття «одержання», яке використовувалося законодавцем у попередній редакції, а саме «незаконне збагачення». Однак наголосимо, що серед правників не було єдності щодо виокремлення форм такого одержання. Так, одержання неправомірної вигоди переважно пов'язували з тим фактом, що вигода мала надаватися винному іншою особою, тобто за наявності ситуації, коли прийняття такої вигоди однією особою обов'язково поєднане з її наданням іншою [5, с. 33; 6, с. 222]. Проте висловлювалася й позиція, що одержання такої вигоди матиме місце не тільки тоді, коли вона надається, а й у випадках, коли така вигода отримується службовою особою за рахунок вчинення нею інших дій, результатом яких є незаконне збагачення [5, с. 33]. На наше переконання, таке «самозбагачення» не може й не могло кваліфікуватися як незаконне збагачення, оскільки в діях службової особи наявний інший склад злочину (наприклад, розкрадання майна шляхом зловживання службовим становищем тощо).

Отже, виокремлюючи ознаки незаконного збагачення законодавцеві слід було б використати поняття «збільшення», або «одержання». Це дозволило б уникнути ситуацій переходу одного активу в інший. Та, напевно, приймаючи таку норму, законодавець передусім мав на увазі саме необґрунтоване збільшення таких активів.

Є потреба сказати й про санкції норми, що аналізується. По-перше, навіть неглибокий аналіз ст. 368² КК України свідчить про недодержання положень норм Загальної частини КК України.

Так, за злочин, передбачений ч. 1 цієї статті, законодавець встановив покарання у виді позбавленням волі на строк до двох років із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, зі спеціальною конфіскацією та з конфіскацією майна. Законодавець, обираючи покарання, не врахував того, що ч. 2 ст. 59 КК України визначається, що конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині цього Кодексу. Незаконне збагачення належить до злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, тому за його вчинення не може бути встановлена конфіскація майна, якщо цей злочин не є тяжким чи особливо тяжким. Враховуючи

положення ст. 12 КК України, можемо впевнено говорити, що злочин цей не є тяжким (ч. 1 ст. 368² КК України).

По-друге, є сумніви щодо належно проведеної диференціації відповідальності. Так, порівняння виду та розміру покарання, яке передбачене ч. 1, 2, 3 ст. 368² КК України, свідчить, що додаткове покарання є як обов'язковим, так ще й однаковим, йдеться про позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, спеціальну конфіскацію та конфіскацію майна. Таким чином, покарання за простий та кваліфікований види злочинів фактично відрізняються лише основним видом покарання, у нашому випадку – позбавленням волі.

Таке нівелювання принципу диференціації у кримінальному праві зводить нанівець досягнення індивідуалізації покарання, яке також досягається й додатковим видом покарання. Це, у свою чергу, порушує додержання таких принципів кримінального права, як справедливість та законність, а також стане на заваді досягненню цілей покарання.

По-третє, Україна обрала шлях гуманізації кримінальної відповідальності, який властивий багатьом країнам світу. Так, вказівка на необхідність скорочення позбавлення волі містилася ще в Рекомендаціях № R (99) 22 стосовно зростання чисельності ув'язнених та переповнення місць позбавлення волі, прийнятих Комітетом Міністрів Ради Європи 30 вересня 1999 р. на 681 засіданні заступників міністрів (далі – Рекомендації) [7]. Відповідно до цих Рекомендацій державами-учасницями Ради Європи позбавлення волі має розглядатися як вид покарання, що застосовується лише у виняткових випадках, коли тяжкість порушення не дозволяє застосування будь-яких інших заходів чи санкцій.

На виконання п.4 Загальних положень Рекомендацій країни-члени повинні розглядати можливість декриміналізації певних злочинів або їх переведення до іншої категорії правопорушень із тим, щоб до порушників не могло бути застосоване позбавлення волі, а також передбачення положення про громадські санкції, які відповідали б основним принципам демократичних держав і гарантували права людини, закріплені в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [7; 8].

Вищевказані положення Рекомендацій частково знайшли відображення в Концепції реформування кримінальної юстиції, схваленої у 2008 р. (далі – Концепція), яка сформувала нові підходи у сфері кримінального судочинства.

Проте, як бачимо, санкції норми, що аналізуються, є безальтернативними та кумулятивними. Виникає цілком логічне запитання, а чи потрібно особу, яка ще не є соціально запушеною, одразу карати по-

збавленням волі? Вочевидь, що законодавець позбавляє суд можливості вибору альтернативних до позбавлення волі видів покарань. Виходячи з положень ст. 75 КК України, зокрема, неможливості застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням, за корупційний злочин, а відповідно до примітки ст. 45 КК України незаконне збагачення є корупційним злочином, особа не може бути піддана й такому заходу кримінально-правового характеру. Отже, виходить, що на фоні проголошеної гуманізації кримінальної відповідальності відбувається її посилення за корупційні злочини, криміналізація яких викликає суттєві зауваження.

Висновки та перспективи подальших досліджень. Відзначимо, що запропонована редакція ст. 368² КК України не здатна вирішити завдань, які визначено у кримінальному законодавстві, та тих, які поставила перед собою держава у сфері протидії корупції. З огляду на сказане це питання потребує подальшого вивчення й обговорення, тоді, може, вдасться дійти згоди.

Список використаних джерел

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: проект Закону України від 09.01.2015 р. № 1660-1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1660-1&skl=9
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України: проект Закону України від 27.12.2014 р. № 1660 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53224
3. Конвенції ООН проти корупції [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_c16/conv/print1389888064627925
4. Кудрявцев В. Н. Криминология и проблемы декриминализации / В. Н. Кудрявцев, В. Е. Эминов // Журнал российского права. – 2005. – № 4. – 103–107 с.
5. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навчально-практичний посібник / В. І. Тютюгін, Ю. В. Гродецький, С. В. Гізімчук; за ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна. – Х.: Право, 2014. – 232 с.

6. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. – Х.: Право, 2013. – 424 с..
7. О проблеме переполнения тюрем и увеличения числа лиц, находящихся под стражей: Рекомендация № (99) 22 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.echr-base.ru/rec99_22j.sp.
8. Рекомендация № R (92) 16 Комитета Министров державам-членам про Европейські правила щодо загальних санкцій та заходів [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://ukraine.uapravo.net/data/base60/ukr60057.htm>.

Стаття надійшла до редакції 26.04.2015.

Оксана Александровна Книженко,
доктор юридических наук, профессор
(Национальная академия прокуратуры Украины, Киев,
Украина)

ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕЗАКОННОЕ ОБОГАЩЕНИЕ

В работе уделено внимание анализу действующей редакции диспозиции нормы статьи 368² Уголовного кодекса Украины, а также вида и размера наказания, которое законодатель считает необходимым и достаточным за незаконное обогащение. Отстаивается мнение, что в действующем УК Украины целесообразно было бы незаконное обогащение определить как значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать. Констатируется, что законодатель, определяя наказание, не учел положений статьи 59 УК Украины.

Ключевые слова: *коррупция, коррупционное правонарушение, коррупционное преступление, коррупционная преступность, противодействие, предупреждение.*

Oksana O. Knyzhenko,
Doctor of Law, Professor
(National Academy of the Public Prosecutor's Office of Ukraine, Kyiv,
Ukraine)

PROBLEMATIC ASPECTS OF CRIMINAL LIABILITY FOR ILLEGAL ENRICHMENT

Combating corruption is one of the priority areas of our country. Considering this a lot of amendments to the legislation that would improve such activities are not coincidental. However, their study may indicate otherwise.

Special attention of this paper is paid to the analysis of the current edition of the disposition of the Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine, as well as to the type and scale of punishment, which the legislator considers necessary and sufficient for illegal enrichment.

The author grounds the point of view that it would be more reasonable to define illegal enrichment in the current Criminal Code of Ukraine as a significant increase in the assets of a public official that exceeds his legitimate income, which he can not rationally ground. Reproduction of the Art. 20 of the mentioned Convention, first, would not oblige an individual to prove his innocence, as it is in the current edition. Second, there would not be an issue about the definition of the concept "acquisition". This would allow to avoid situations of transition from one asset to another.

Based on the conducted analysis the author makes a conclusion that the legislator determining the punishment has not realized the fact that the second paragraph of the Article 59 of the Criminal Code of Ukraine determines that the confiscation of property is imposed for grave and especially grave selfish crimes and for crimes against national security of Ukraine and public safety regardless the degree of severity and can be imposed only in cases specifically provided in the Special Part of this Code. Illegal enrichment refers to crimes in the field of official and professional activities related to the provision of public services, that's why confiscation of property can not be imposed for its commission, as regarding to the provisions of the Art. 12 of the Criminal Code of Ukraine, the crime, the liability for which is provided by p. 1 of the Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine, is not grave.

Comparison of the type and scale of punishment, which is provided by p. 1, 2, 3 of the Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine states that additional punishment as is obligatory, as is also the same. And it is deprivation of the right to occupy certain positions or be engaged in certain activities for the term up to three years, special confiscation and confiscation of property. This means that the penalty for simple and qualified kinds of crime differ only in the main type of punishment (imprisonment), which indicates about the inadequate differentiation of a person's liability.

Summarizing it is noted that the suggested edition of the Art. 368-2 of the Criminal Code of Ukraine is not able to achieve those tasks defined in the criminal legislation.

Key words: *illegal enrichment, criminal liability, sanctions, penalties.*

