

УДК 343.35

В.В. Андрієшин,

аспірант кафедри кримінального права та криминології
Одеського державного університету внутрішніх справ

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ ЯК ПРОЯВ КРИМІНАЛІЗАЦІЙНОЇ НАДМІРНОСТІ

Анотація. У статті, з метою встановлення факту невідповідності діючому законодавству та недоцільності криміналізації «незаконного збагачення», склад якого передбачений ст. 368² КК України, проведено аналіз нормативно-правових актів різних галузей права. Зокрема, проведено аналіз складу злочину, який передбачений даною статтею. Акцентовано увагу на необхідності дотримання положень Конституції України, інших нормативно-правових актів та принципів криміналізації під час законодавчого процесу. Результатом дослідження є пропозиція щодо внесення змін до діючого законодавства.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, службова особа, Кримінальний кодекс, незаконне збагачення, криміналізація, корупція, запобігання корупції, криміналізаційна надмірність.

Постановка проблеми. Склад кримінально-протиправного «незаконного збагачення» міститься у диспозиції ч. 1 ст. 368² КК України, яка була доповнена у Розділ XVII Особливої частини Кримінального кодексу Законом України від 07.04.2011 № 3207-VI [1] та зі змінами, відповідно до Закону України від 12.02.2015 № 198-VIII [2], має наступний вигляд: «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» [3].

Дана редакція ст. 368² КК України стала результатом кримінально-правової політики держави в призмі реформування сфери запобігання та

протидії корупційним проявам та є прикладом гармонізації українського законодавства із деякими рекомендаціями міжнародно-правових документів, що є доволі актуальним для української правової системи на сьогоднішній день. Проте, вважаємо, що змістовно зазначена диспозиція містить невідповідність положенням національного законодавства, зокрема і Конституції України, та є сформованою без урахування підстав та принципів криміналізації, які розроблені доктриною кримінального права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням теорії криміналізації в кримінальному праві займалися: Д.О. Балабанова, П.С. Дагель, А.Ф. Зелінський, Г.А. Злобін, В.С. Кубальський, В.М. Кудрявцев, В.О. Навроцький, П.Л. Фріс та інші

науковці. Питання правових аспектів кримінальної відповідальності за незаконне збагачення були висвітлені у працях Л.П. Брича, Д.О. Гарбазей, О.І. Гузоватого, О.П. Денегі, М.В. Кочерова, В.Н. Кубальського, В.Я. Тація, М.І. Хавронюка, І.М. Ясінь, а також, О.О. Дудорова, В.М. Киричко, В.М. Трепака, В.І. Тютюгіна та інших науковців, які критично оцінюють положення ст. 368² КК України.

Метою статті є встановлення факту невідповідності діючому законодавству та недоцільності криміналізації «незаконного збагачення», склад якого передбачений ст. 368² КК України.

Виклад основного матеріалу. Родовим та основним безпосереднім об'єктом даного злочину виступають суспільні відносини у сфері службової діяльності, які пов'язані із реалізацією службовими особами наданих їм функцій і повноважень. Додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом незаконного збагачення, як і інших злочинів у сфері службової діяльності, є авторитет та престиж державних органів, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного права. Крім того, відповідно до примітки до ст. 45 КК України, законодавець відніс даний злочин до категорії корупційних, а тому додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом незаконного збагачення виступають суспільні відносини у сфері запобігання корупції.

Предметом даного злочину є активи (гроші, майно тощо) у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами. Розмір таких активів, відповідно до примітки, становить суму більше 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що відповідно до чинного податкового та бюджетного законо-

давства станом на 1 липня 2018 року, становить 920,500 гривень.

Ознаками об'єктивної сторони виступають суспільно небезпечні дії у вигляді: набуття у власність даних активів та/або передача даних активів третім особам (фізичним та юридичним), шляхом укладення правочинів з даними активами. А отже, законодавець сформував склад злочину, передбачений ч. 1 ст. 368² КК України, як формальний.

Суб'єктивна сторона складу незаконного збагачення характеризується виною у формі прямого умислу та корисливого мотиву. Суб'єкт даного злочину є спеціально-конкретним, а саме — особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Дані особи володіють ознаками службової особи, а їх конкретний перелік містить п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» [4]. Як слушно зазначає Є.Л. Стрельцов, поєднання законодавчого поняття «спеціальний суб'єкт злочину» і теоретичного — «спеціально-конкретний суб'єкт злочину» має сприяти більш якісній правовій оцінці вчиненого суспільно небезпечного діяння і призначенню більш справедливого покарання особі, яка його вчинила [5, с. 61].

Ч. 2 ст. 368² КК України, передбачає кваліфікуючу ознаку складу даного злочину — вчинення службовою особою, яка займає відповідальне становище, а ч. 3 ст. 368² КК України передбачає особливо кваліфікуючу ознаку — вчинення службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, вичерпний перелік яких закріплений у примітці до ст. 368 КК України.

Встановивши кримінальну відповідальність за набуття активів, законність яких особа не може підтвер-

дити, законодавець опосередковано поклав на потенційно винну особу обов'язок доведення своєї невинуватості. Дане положення суперечить основоположній презумпції невинуватості особи, яка закріплена у ст. 62 Конституції України, ч. 2 ст. 2 КК України, ч. 1 ст. 17 КПК України [6]. Так, 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. Більш того, ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість і може відмовитись давати показання щодо себе, членів своєї сім'ї та близьких родичів.

Законний порядок доведення вини особи у вчиненні злочину регламентований діючим КПК України, який передбачає обов'язок сторони обвинувачення щодо встановлення обставин злочину, які становлять предмет доказування, в тому числі ознак його складу. Тому представники сторони обвинувачення (слідчий, керівник органу досудового розслідування та прокурор) повинні довести вину особи у вчиненні злочину, в тому числі доказати факт незаконності активів, які набутті службовою особою, якщо вести мову про незаконне збагачення.

Крім того, у будь-якому разі при встановленні можливих незаконних активів, якими володіє особа або які є предметом правочинів, сторона обвинувачення, з метою проведення повного, всебічного та об'єктивного досудового розслідування, зобов'язана встановити джерело таких активів. При цьому, пропонуємо розподіляти підстави набуття активів на: 1) законні, які відповідають діючому законодавству; 2) незаконні, які в свою чергу слід поділити на злочинні, які характеризуються кримінальною

протиправністю та суспільно небезпечністю, та протиправні, які характеризуються порушенням діючого законодавства, без ознак злочину. Отже, без встановлення факту незаконності підстав набуття або джерел активів та проведення повного розслідування, неможливо вести мову про підтверджений предмет складу незаконного збагачення.

Криміналізація діяння, як зазначив Г.А. Злобін, доцільна лише тоді, коли немає і не може бути норми, що належним чином регулювала б відповідні відносини методами інших галузей права [7, с. 241].

Щодо питання не злочинного, але протиправного порядку набуття активів особами, які уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, то воно врегульовано ст.ст. 23-26 Закону України «Про запобігання корупції» та має характер протиправності пов'язаної із корупцією. Законодавець обмежує право одержання подарунків та сумісництва або суміщення публічної службової діяльності з іншими видами оплачуваної діяльності, а також, встановлює адміністративну відповідальність за порушення даних обмежень у ст.ст. 172⁴, 172⁵ КУпАП [8].

Так, відповідно до зазначених законодавчих актів, особам, які уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, дозволено отримувати подарунки від близьких осіб та подарунки, які є загальнодоступними або які характеризуються загальноприйнятими ознаками гостинності з обмеженням їх вартості. Проте, заборонено одержувати, просити або вимагати подарунки під час реалізації службових функцій, в тому числі від підпорядкованих осіб. Крім того, заборонено отримувати прибутки від будь-якої підприємницької

та іншої діяльності, окрім викладацької, наукової та творчої діяльності, медичної та суддівської практики, інструкторської практики із спорту.

Як правило, встановлення факту незаконності збагачення службовою особою та отримання нею активів, законність підстав набуття яких не підтверджується доказами, вказує на їх злочинні джерела, як загальнокримінального спрямування, так і інші окремі корисливі службові зловживання. Наприклад, ст.ст. 191, 364, 368 КК України є окремими караними діями, які спрямовані на збагачення службових осіб, а отримання ними неправомірних вигод, незаконних активів та майна повністю охоплюється об'єктивними та суб'єктивними ознаками складів даних злочинів, які відносяться до категорії предметних. Тому, додаткова кваліфікація дій службових осіб ще за сукупністю із ст. 368² КК України порушить інше фундаментальне конституційне положення — заборони притягнення двічі до кримінальної відповідальності за один і той самий злочин (ст. 61 Конституції України, ч. 3 ст. 2 КК України, ч. 1 ст. 19 КПК України).

Крім того, слід враховувати підвищений рівень латентності злочинів службових осіб, в тому числі і тих, які можуть бути способом злочинного збагачення. Так, на практиці доволі часто виникають випадки виявлення, в першу чергу, не самих даних злочинів, а їх подальших наслідків, які проявляються у вчиненні окремих фінансових операцій або правочинів із сумнівними активами, які могли бути отримані в результаті вчинення даних злочинів. Тому, у будь-якому разі постає завдання у встановленні злочинних джерел даних активів, а саме — ознак злочинів, які їх сформували та носять характер предикатних. А при

встановленні предикатного злочину, додатково необхідно вести мову про наявність у діях винної особи ознак складу легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК України), що є тяжким злочином.

Безумовно наявність ст. 368² у КК України на сьогоднішній день обумовлено і підвищеним рівнем латентності вищевказаних предикатних злочинів, коли у зв'язку з окремими причинами вони залишаються поза увагою правоохоронних органів, а необхідність надання належної правової оцінки виявленим фактам сумнівних активів службових осіб, має своїм результатом криміналізацію незаконного збагачення, що порушує норми інших нормативно-правових актів. Проте, наголошуючи на тому, що для проведення повного, всебічного та об'єктивного досудового розслідування, встановлення джереламожливо незаконних активів та способів їх формування є обов'язковою умовою. При цьому, встановивши ознаки даних предикатних злочинів, виникає питання правильної кваліфікації та розмежування суміжних злочинів — незаконного збагачення та легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, та взагалі питання щодо необхідності у наявності ст. 368² у КК України.

Вважаємо найбільш виваженим, практично-доцільним та законним вирішенням даного питання є правильна кваліфікація предикатного злочину, в залежності від встановлених ознак його складу, за сукупністю із ст. 209 КК України, без використання ст. 368² КК України взагалі.

До того ж, серед принципів криміналізації в доктрині кримінального права виділяють: «відсутність прогалів у законі та не надмірність заборони, визначеність та єдність тер-

мінології, доцільність» [9, с. 177-179]. Враховуючи вищезазначене, на сьогоднішній день виникає питання щодо доцільності криміналізації незаконного збагачення. Крім того, при дослідженні даного питання, вбачається наявність недоліків кримінально-правової законотворчості у вигляді надмірності криміналізації, яка являє собою перенасиченість кримінального законодавства кримінально-правовими заборонами, в яких немає необхідності на практиці.

Щодо міжнародно-правової необхідності у встановленні кримінально-правових заборон в українському законодавстві, то Конвенція ООН проти корупції від 31.10.2003 у ст. 20 містить рекомендаційне положення щодо криміналізації незаконного збагачення, за ознаками: «значного збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати» [10]. Одночасно, дана Конвенція залишає за Державами-учасницями право дотримання своєї конституції та основоположних принципів правової системи, що не врахував український законодавець при криміналізації незаконного збагачення у ст. 368² КК України, чим порушив вищезазначені норми Конституції та кодифікованих законодавчих актів.

Цікавою в даному контексті для доктрини кримінального права вважаємо теоретичну розробку «законодавчий вірус у системі КК України» В.М. Киричко [11, с. 142-150]. Автор, на прикладі ст. 368² КК України, актуалізує питання введення у кодекс законодавчих положень, які на практиці можуть призвести до порушень прав людини та, як наслідок, нормативно-правових актів, які встановлюють дані права.

Підтримуємо П.Л. Фріса, який зазначив, що «чинний КК надзвичайно «перевантажений», сфера кримінально-правової заборони не виправдано розширена. Це визначає необхідність проведення декриміналізації, звуження сфери кримінально-правового регулювання» [12, с. 27]. А.Ф. Зелінський наголошує, що «проблеми криміналізації та декриміналізації... повинні вирішуватися не в руслі політики, що постійно змінюється, а відповідно до визнаних у цивілізованому суспільстві загальнолюдських моральних цінностей, принципів гуманізму, справедливості, законності та милосердя» [13, с. 15-16].

Одним із проявів такого законодавчого перевантаження, який ми вважаємо більш політичним, ніж практично необхідним та доцільним, є ст. 368² КК України. Підтвердженням цього є офіційні статистичні дані, відповідно до яких у 2015 році в Україні зареєстровано 23 кримінальних проваджень з кримінально-правовою кваліфікацією — ст. 368² КК України, з яких в жодному не повідомлено винній особі про підозру і як наслідок жодний обвинувальний акт не було направлено до суду. Такими ж були результати і в 2016 та 2017 роках — жодний обвинувальний акт за даною статтею не був скерований до суду. Отже, в правозастосовній практиці ст. 368² КК України майже не застосовується.

Висновки. Проаналізувавши питання встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, вважаємо, що положення ст. 368² КК України суперечать основоположній презумпції невинуватості особи. Під час формування даної статті, законодавцем не були враховані положення та принципи Конституції України та інших нормативно-правових актів,

в тому числі кодифікованих, які регламентують процес здійснення кримінального провадження. Внаслідок цього на сьогоднішній день існує правова колізія, яка може призвести до суттєвого порушення прав та свобод людини, які регламентовані міжнародно-правовими актами та Конституцією України.

Також, констатуємо факт відсутності доцільності у криміналізації незаконного збагачення, що обумовлено рядом причин. По-перше, існують дієві норми та легальні процедури, які належним чином регулюють відносини щодо відповідальності службових осіб за отримання незаконних активів, як у кримінальному законодавстві, так і в інших галузях права. По-друге, відповідно до правозастосовної практики та статистичних даних, ст. 368² КК України не застосовується, а отже, відсутня практична цінність даної

норми. По-третє, на цій підставі виникає питання щодо надмірності кримінально-правової заборони, що є порушенням доктринальних принципів криміналізації. По-четверте, міжнародно-правові зобов'язання, не позбавляють Україну права дотримання своєї конституції та основоположних принципів правової системи, і більш того, питання криміналізації не повинні вирішуватись в політичному руслі.

Враховуючи вищевикладене та положення ст. 8 Конституції України щодо того, що нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй, пропонуємо ст. 368² КК України виключити з Особливої частини КК України, як таку, що порушує норми та принципи встановленні Конституцією та іншими нормативно-правовими актами України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон від 07.04.2011 № 3207-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 41, ст. 414.
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: Закон від 12.02.2015 № 198-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 17, ст. 118.
3. Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 року № 2341-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, С. 131.
4. Про запобігання корупції: Закон від 14.10.2014 № 1700-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 49, ст. 2056.
5. Стрельцов Є.Л. Спеціальний суб'єкт злочину у новому Кримінальному кодексі України/Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: Матер. міжнарод. наук.-практ. конф. [Харків] 25-26 жовт. 2001р. / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. — К.-Х.: "Юрінком Інтер", 2002. — 312 с.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 року № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, С. 88.
7. Основания уголовно-правового запрета: Криминализация и декриминализация / Кудрявцев В.Н., Дагель П.С., Злобин Г.А. и др. ; отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.Н. Яковлев. — М. : Наука, 1982. — 304 с.
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 № 8073-X // Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР) 1984, додаток до № 51, ст. 1122.
9. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації: дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Балобанова Дар'я Олександрівна. — Одеса, 2007. — 208 с.

10. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 // Конвенцію ратифіковано із заявами Законом № 251-V (251-16) від 18.10.2006, ВВР, 2006, № 50, ст. 496. [Електронний ресурс] Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_c16

11. Киричко В.М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368² КК «Незаконне збагачення» // Кримінальне право та криміналістика, 2016, С. 142-150.

12. Фріс П.Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці // Вісник Асоціації кримінального права України, 2014, № 1(2). С. 19-28.

13. Зелінський А.Ф. Кримінологія: навч. посіб / А.Ф. Зелінський. — Х.: Рубікон, 2000. — 240 с.

Андрієшин В.

Уголовная ответственность за незаконное обогащение как проявление криминализационной избыточности.

Аннотация. В статье, с целью установления факта несоответствия действующему законодательству и нецелесообразности криминализации «незаконного обогащения», состав которого предусмотрен ст. 368² УК Украины, проведен анализ нормативно-правовых актов различных отраслей права. В частности, проведен анализ состава преступления, который предусмотрен данной статьей. Акцентируется внимание на необходимости соблюдения положений Конституции Украины, других нормативно-правовых актов и принципов криминализации во время законодательного процесса. Результатом исследования является предложение о внесении изменений в действующее законодательство.

Ключевые слова: уголовная ответственность, должностное лицо, Уголовный кодекс, незаконное обогащение, криминализация, коррупция, предотвращение коррупции, криминализационная избыточность.

V. Andrieshin

Criminal responsibility for illegal enrichment as the manifestation of criminalization redundancy.

Summary. This article deals with the analysis of legal acts of different branches of law, in order to establish the fact of inconsistency with current legislation and the inexpediency of criminalization «illegal enrichment», which is provided in the Article 368² of the Criminal Code of Ukraine. In particular, this crime has been analyzed in detail. Emphasis is placed on the need to comply provisions of the Constitution of Ukraine, other legal acts and principles of criminalization during the legislative process. Proposal to amend current legislation is the result of this article.

Keywords: criminal responsibility, official, Criminal Code, illegal enrichment, criminalization, corruption, prevention of corruption, criminalization redundancy.

