

НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ: АНАЛІЗ НОВЕЛИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У статті розглядаються проблеми, пов'язані з введенням спеціальної статті за незаконне збагачення до Кримінального кодексу України. Зроблено висновок про те, що таке введення відповідає нормам міжнародного права у цій сфері та надає правоохоронним органам України додатковий правовий засіб для протидії корупційному збагаченню.

Ключові слова: незаконне збагачення, корупція, неправомірна вигода.

Проблеми, пов'язані із доповненням кримінального закону статтею про незаконне збагачення, розглядалися у працях Л.П. Брич, О.О. Дудорова, М.І. Мельника, Т.М. Тертиченка, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка,

О.В. Шемякіна та інших, а також російськими фахівцями О.І. Алексєєвим, Г.І. Богушем, В.М. Борковим та В.В. Лунєєвим.

Корупцією (в класичному розумінні цього поняття) є використання особою свого службового становища для незаконного збагачення. Законодавець в 2011 р. ввів до Кримінального кодексу України (далі – КК) ст. 368-2 "Незаконне збагачення". Таким чином, Україна сприйняла рекомендації ООН і Ради Європи, запровадивши окрему кримінальну відповідальність за незаконне збагачення.

Частина перша ст. 368-2 КК містить диспозицію наступного змісту: "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)" [1]. Злочинні способи корупційного збагачення у більшості випадків вже охоплюються ознаками злочинів, передбаченими КК: прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368), привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ч.ч. 2, 3, 4, 5 ст. 191) та інші.

Традиційний підхід, при якому корупціонера притягають до кримінальної відповідальності переважно за окремі факти одержання службовою особою неправомірної вигоди (в минулому – хабара), а не через наявність незаконних дохо-

дів, повинен поступово відійти у минуле. У зв'язку з цим слід погодитися з російським дослідником В.М. Борковим в тому, що одним з напрямків оптимізації системи антикорупційних норм може виступити їхнє ешелонування. На його думку, як самостійний закінчений злочин в Росії слід визнати незаконне збагачення службових осіб як результат їхньої корупційної діяльності. КК повинен враховувати наслідки корупційної діяльності. Окрема криміналізація незаконного збагачення сприяла б формуванню трьох етапів кримінально-правової протидії корупції, тобто її ешелонуванню [2, с. 18-19].

Перший рубіж охорони передбачає недопущення виникнення корупційних відносин. Він може бути виражений в кримінальній забороні шляхом окремої криміналізації корупційної змови чиновника з іншою особою. У необхідних випадках законодавець формулює усічені склади злочинів, тобто закінченим злочином визнається посягання на об'єкт кримінально-правової охорони. Але корупційна змова є по суті однією з форм готування до злочину і тягне відповідальність за ч. 1 ст. 14 КК.

Другий рубіж утворюють норми про корупційні злочини. Третій (останній) рубіж, на думку В.М. Боркова, забезпечує встановлення кримінальної відповідальності за незаконне (корупційне) збагачення, тобто перевищення службовою особою своїх активів, а так само активів близьких родичів над законними доходами в значному розмірі. Подібну норму прийнятно розглядати як вимушену реакцію держави на підвищену латентність і небезпеку корупційних службових злочинів [2, с. 19]. Заходам конспірації, зусиллям, спрямованим на приховування

своєї злочинної діяльності, що вживаються корупціонерами, необхідно протиставити нові підходи до конструювання кримінально-правових заборон "...в тому числі на підставі побічних ознак корупції (принцип незаконного збагачення)" [3].

При високому рівні латентності корупційних злочинів порушується принцип невідворотності покарання, створюється обстановка безкарності, з'являється мотивація вчинення нових корупційних злочинів. Відомо, що кожен факт латентності злочину у разі, якщо він відомий стороннім, негативно впливає на їх свідомість, стимулюючи можливість протиправної поведінки з боку нестійких осіб. За задумом розробників Конвенції ООН проти корупції 2003 р. ратифікація державами-підписантами ст. 20 "Незаконне збагачення" цього документа покликана протидіяти найбільш латентним різновидам корупційних злочинів.

Необхідність введення спеціальної статті за незаконне збагачення в Україні в 2011 р. обумовлювалася також тим, що предмет одержання хабара (хабар – поняття, яке містив КК до моменту внесення змін до нього Законом України від 18 квітня 2013 р.) на той час в Україні традиційно носив виключно матеріальний характер, в той час як незаконного збагачення згідно положень ст. 368-2 КК – як матеріальний, так і нематеріальний. Як показує досвід, послуги нематеріального характеру достатньо часто слугують "рушієм" певних діянь службових осіб (протекції, потурання, працевлаштування після звільнення, просування кар'єрними сходами тощо).

Визнання в ст. 368-2 КК того, що предмет незаконного збагачення може носити і нематеріальний характер, є свідченням імплементації відповідних положень Кримінальної конвенції Ради Європи "Про боротьбу з корупцією" 1999 р. та Конвенції ООН проти корупції 2003 р. Але слід зазначити, що у вказаних конвенціях, які відповідно до положень ч. 1 ст. 9 Конституції України є частиною законодавства України, використовується поняття "неправомірна перевага", а не "неправомірна вигода" як у ст. 368-2 та інших статтях чинного КК, а також ст. 1 Закону України "Про засади запобігання і протидії корупції" від 7 квітня 2011 р. Віднесення неправомірних вигод, в тому числі тих, які можуть носити нематеріальний характер, до

предмету незаконного збагачення, дозволить більш повно охопити існуючі в Україні корупційні прояви.

Отже, з метою необхідності забезпечення протидії усім формам корупційних діянь норма, закріплена в ст. 368-2 КК, відіграє важливу роль. Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у вигляді спеціальної статті фактично являє собою останній елемент контролюючого характеру в механізмі кримінально-правової протидії корупції, який спрямований на забезпечення невідворотності відповідальності за усі злочинні форми корупційного (незаконного) збагачення.

Серед російських фахівців, крім згаданого В.М. Боркова, підтримує пропозицію про введення спеціальної статті, що передбачатиме відповідальність за незаконне збагачення, також відомий кримінолог В.В. Лунєєв. Загальне завжди знаходить свій вияв в одиничному, звідси, на його думку, незаконність збагачення у значних розмірах могла б неспростовно підтверджувати факт наявності конкретних службових злочинів корисливого спрямування. В якості таких за КК Росії можуть виступати, наприклад, одержання хабара, зловживання владою або службовим становищем тощо. Виходить, що притягнення до відповідальності за незаконне збагачення буде побічно свідчити про визнання правоохоронними органами своєї нездатності викрити корупціонера у вчинених раніше службових корисливих злочинах [4, с.28].

Слід погодитися з пропозицією дослідників про те, щоб норма про незаконне збагачення розглядалась як загальна щодо конкретних складів злочинів Особливої частини КК, які передбачають відповідальність за корупційні злочини. Аналізуючи КК Росії, В.М. Борков відзначає очевидність того, що при одержанні хабара чи незаконній участі службових осіб в підприємницькій діяльності, викраденні з використанням свого службового становища гроші, майно чи вигоди потрапляють до чиновника незаконно. Отже, "незаконність" виступає в якості узагальнюючої і разом з тим ключовою ознакою [4, с.28-29].

Стаття 20 Конвенції ООН проти корупції 2003 р. встановлює презумпцію злочинного характеру значного збільшення активів державної посадової особи внаслідок вчинення корупційних діянь, яке явно не відповідає її законним доходам. І цю

презумпцію вказана особа, яка обвинувачується у незаконному збагаченні, повинна спростувати. Не можна не погодитися з думкою О. Дудорова і Т. Тертиченка про те, що "закріплене у ст. 368-2 КК визначення незаконного збагачення ... виходить з основного змісту аналізованого корупційного діяння у розумінні Конвенції: живеш не на зароблені кошти і не можеш це належним чином пояснити – ти злочинець" [5, с. 30].

В ст. 20 "Незаконне збагачення" Конвенції ООН проти корупції 2003 р. визначено, що "за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинном умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати" [6]. Імплементация конвенційного положення про незаконне збагачення в національному законодавстві, на думку переважної більшості фахівців, суперечить конституційному принципу презумпції невинуватості (ч. 1 ст. 62 Конституції України) і базовим нормам кримінального законодавства, зокрема ч. 2 ст. 2 КК. Так, у ст. 62 Конституції України вказано, що 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. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на ... припущеннях" [7].

Критично ставлячись до запровадження вказаного положення в КК Росії, фахівці відзначають, що ст. 20 "Незаконне збагачення" Конвенції ООН проти корупції 2003 р. тричі факультативна. По-перше, "якщо не суперечить конституції". По-друге, "в рамках національної правової системи". І, по-третє, "держава-учасник розглядає можливість" [8, с. 50]. З метою імплементации вказаної норми в національне законодавство, деякі дослідники пропонують доповнити КК Росії ст. 290-1 "Корупційне збагачення" з диспозицією наступного змісту: "Перевищення посадовими особами своїх активів, а так само активів близьких родичів над законними доходами в значному розмірі..." [4, с. 31]. Запропонована

частина конструкції "перевищення ... активів близьких родичів над законними доходами в значному розмірі" має переваги порівняно з відповідною частиною конструкції, закріпленої в ч. 1 ст. 368-2 КК: "...передача нею (службовою особою) такої (неправомірної) вигоди близьким родичам...", оскільки дозволяє більш повно охопити існуючі корупційні прояви.

На відміну від відомого російського кримінолога В.В. Лунєєва, не підтримує пропозицію про введення спеціальної статті, що передбачатиме відповідальність за незаконне збагачення, інший російський дослідник Г.І. Богуш. Втілення такої пропозиції, на його думку, не узгоджується з положеннями про презумпцію невинуватості і вводить в кримінальне право елементи об'єктивного ставлення у вину. Він відзначає, що подібно іншим нормам, Конвенція ООН проти корупції 2003 р. вимагає умисного характеру діяння ("коли він [злочин] вчиняється умисно"). В даному випадку незрозуміло, щодо якого діяння повинна встановлюватися вина у формі умислу, оскільки "значне збільшення активів" є не дією (бездіяльністю) особи, а її наслідком. Дія (бездіяльність) презюмується і не вимагає доведення, що суперечить положенню класичного кримінального права про відповідальність особи лише за свої винуваті дії (бездіяльність) [9]. На певні неузгодженості в розглядуваній частині вказують і вітчизняні дослідники О. Дудоров, Т. Тертиченко та В. Тютюгін [5, с.30; 10].

На думку багатьох фахівців формулювання і визначення, прийомі законодавчої техніки, використані для опису незаконного збагачення в ст. 368-2 КК України, не витримують критики з точки зору змістовного та законодавчо-технічного оформлення, викладення та структурування, бо вони у цілому ряді випадків мають дуже розмитий, розпливчастий, суперечливий, а іноді просто незрозумілий характер. Відзначаються наступні проблеми в конструкції диспозиції вказаного складу злочину:

1) відсутність єдиного визначення предмету злочину: в ст. 368-2 КК використовується поняття "неправомірна вигода", в той час як в Конвенції ООН проти корупції та Кримінальній конвенції Ради Європи "Про боротьбу з корупцією" застосовується виключно поняття "неправомірна перевага", у зв'язку з чим виникає питання, чи тотожні за змістом вказані поняття;

2) досить складно буде визначити співвідношення між "неправомірною вигодою", з одного боку, і "подарунком", "винагородою" – з іншого [11, с. 143].

Одним з дискусійних у вітчизняному кримінальному праві було питання про кримінальну караність або некараність так званої "подяки" в матеріальному вигляді "про всяк випадок", "для встановлення добрих стосунків" тощо. З доповненням КК ст. 368-2 "Незаконне збагачення" частково вирішено зазначену проблему. Такі дії, якщо предмет неправомірної вигоди перевищує сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, слід кваліфікувати за статтею, що передбачає відповідальність за незаконне збагачення.

У правозастосовчій практиці певні проблеми можуть виникнути при відмежуванні складів злочинів, передбачених ч. 3 ст. 368 "Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою" і ч. 1 ст. 368-2 "Незаконне збагачення" КК. Як в диспозиції ч. 3 ст. 368, так і в диспозиції ч. 1 ст. 368-2 йдеться про одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі за відсутності ознак, зазначених у ст. 368 КК. Але диспозиція ч. 3 ст. 368, порівняно з диспозиціями ст. 368-2 КК, охоплює певною мірою більш вузьке коло діянь, оскільки передбачає відповідальність не за саме по собі одержання неправомірної вигоди, а лише тоді, коли воно відбулось за вчинення чи невчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. При чому, якщо в диспозиції ч. 2, 3 ст. 368 йдеться виключно про одержання неправомірної вигоди службовою особою для себе чи третіх осіб, то диспозиціями ч.ч. 1, 2, 3 ст. 368-2 певною мірою розширено коло охоплюваних ними діянь – ними охоплюється не лише одержання службовою особою неправомірної вигоди (але у значному розмірі, що звужує дію даної частини статті), а й передача її близьким родичам за відсутності ознак, зазначених у ст. 368 КК. Окрім того, якщо в ч. 2 ст. 368 йдеться про неправомірну вигоду, мінімальний розмір якої не визначено, то в ч. 1 ст. 368-2 – про неправомірну вигоду у значному розмірі, тобто на суму, що перевищує 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Як вже зазначалося вище, у диспозиції ч. 1 ст.

368-2 КК додатково йдеться про передачу службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі близьким родичам. У зв'язку з тим, що під дію зазначеної статті підпадає лише передача неправомірної вигоди близьким родичам, пропонується диспозицію ч. 1 ст. 368-2 КК викласти в наступній редакції: "одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу, (незаконне збагачення)". В порядку *de lege ferenda* можна запропонувати інший варіант: "Перевищення службовими особами своїх активів, а також активів їхніх близьких родичів над законними доходами в значному розмірі...".

Література

1. *Кримінальний кодекс України*: Закон України від 5 квітня 2011 року № 2341-III // Офіційний Інтернет-портал Верховної Ради України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
2. *Борков В.Н.* Предпосылки формирования трех рубежей уголовно-правового предупреждения коррупции / В.Н. Борков // Научный вестник Омской академии МВД России. – 2009. – № 4 (35). – С. 16-24.
3. *Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г.* // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2008. – № 47. – Ст. 5489. – С. 14017.
4. *Борков В.Н.* Проблемы криминализации коррупционного обогащения в России / В.Н. Борков // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 26-31.
5. *Дудоров О., Тертиченко Т.* Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О. Дудоров, Т. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 3. – С. 26-31.
6. *Конвенція ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 року* // Офіційний Інтернет-портал Верховної Ради України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_c16
7. *Конституція України*: Закон України від 28 червня 1996 року // Офіційний Інтернет-портал Верховної Ради України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov>

ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80

8. *Горянин А.Б.* Россия-Европа. Вместе против коррупции. Материалы совместного проекта "Приведение российского антикоррупционного законодательства в соответствие с международными стандартами". Ч. 1 / Горянин А.Б., Хлусов В.В. – М. Изд-во Гос. Думы. – 456 с.

9. *Богущи Г.И.* Конвенция ООН против коррупции 2003 г.: общая характеристика и проблемы имплементации / Сайт Саратовского Центра по исследованию проблем организованной преступности и коррупции [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://sartraccc.ru/i>.

[php?oper=read_file&filename=Pub/bogush\(2-11-06\).htm](http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=5364&jid=361)

10. *Тютюгін В.І.* Новели кримінального законодавства щодо посилення кримінальної відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення / В.І. Тютюгін // Юридичний вісник України. – 2010. – № 6: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=5364&jid=361

11. *Шемякін О.В.* Актуальні проблеми правового забезпечення протидії корупції / О.В. Шемякін // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2010. – № 4. – С. 138-145.

В.Н. Кубальский

Незаконное обогащение: анализ новеллы уголовного законодательства.

В статье рассматриваются проблемы, связанные с введением специальной статьи за незаконное обогащение в Уголовный кодекс Украины. Сделан вывод о том, что такое введение соответствует нормам международного права в этой сфере и предоставляет правоохранительным органам Украины дополнительное правовое средство для противодействия коррупционному обогащению.

Ключевые слова: незаконное обогащение, коррупция, неправомерная выгода.

V. Kubalskiy

Illegal enrichment: analysis of novelty of criminal law.

The problems of introduction of a special article for illegal enrichment of the Criminal Code of Ukraine are examined. The conclusion is drawn that this corresponds to the introduction of international law in this area and provides law enforcement agencies of Ukraine extra legal means to deal with corrupt enrichment.

Key words: illegal enriching, corruption, illegal benefit.