

Олександр Олексійович ДУДОРОВ,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету, Запоріжжя, Україна

НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ: ПОШУК ПРИЙНЯТНОЇ МОДЕЛІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЗАБОРОНИ ТРИВАЄ

Стаття 368-2 КК України «Незаконне збагачення», викладена в редакції Закону від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», встановлює відповідальність за 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 за передачу нею таких активів будь-якій іншій особі. Не дивно, що таке незвичне законодавче формулювання породжує суперечливі (інколи діаметрально протилежні) тлумачення фахівців. Відзначу, що мої погляди на цю кримінально-правову заборону також піддавались еволюції – від характеристики статті КК про відповідальність за незаконне збагачення як сумнівної законодавчої новели до поступового усвідомлення її потрібності для більш ефективної протидії корупції в сучасних умовах і вироблення розрахованих у першу чергу на практиків рекомендацій щодо її застосування. У цих тезах будуть викладені та проаналізовані окремі пропозиції, спрямовані на вирішення існуючих проблем кримінально-правової характеристики незаконного збагачення.

1. Відповідно до статей 62 і 63 Конституції України ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину; особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе; усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь; обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях. Формулювання кримінально-правової норми про незаконне збагачення в ключі, рекомендованому ст. 20 Конвенції ООН проти корупції «Незаконне збагачення» (коли на особу, аби уникнути кримінальної відповідальності, покладається обов'язок пояснити походження належного їй майна, і цей обов'язок включається в склад злочину), суперечило б наведеним конституційним приписам.

У п. 6.2 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції») (далі – Експертний висновок РЄ) зазначається, що дискусія про презумпцію невинуватості не є актуальною у контексті того, як незаконне збагачення визначається в українському законодавстві; тягар доведення за чинною редакцією ст. 368-2 КК повністю лежить на стороні обвинувачення. Відтак, це не суперечить праву підсудного на справедливий суд. Водночас Д.Г. Михайленко висловлюється більш обережно: в основі формулювання ст. 368-2 КК лежить прагнення відсторонитися від прямої вказівки на обов'язок суб'єкта раці-

онально обґрунтувати походження активів, які перевищують задекларовані легальні доходи, чим обійти або завуалювати проблему тягара доказування на суб'єкта злочину та порушення права не свідчити проти себе [1, с. 368, 371–372]. Зауважу, що підстави для такої стриманості в оцінці чинної редакції аналізованої кримінально-правової заборони в контексті її співвідношення з відповідними конституційними приписами існують (праці В.М. Киричка, О.О. Книженко, В.М. Трепака та ін.).

У будь-якому разі вимушений критично оцінити законопроект від 4 лютого 2016 р. (реєстр. № 4025) «Про внесення змін до статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» щодо узгодження із Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України», на підставі якого диспозицію ч. 1 ст. 368-2 КК запропоновано викласти в такій редакції: «Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, які вона не може обґрунтувати, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі...». Вважаю, що не ч. 1 чинної редакції ст. 368-2 КК не враховує норми ст. 62 Конституції України щодо гарантій презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину, як про це зазначається в підписаному Р.В. Князевичем висновку Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя щодо загаданого законопроекту, а ч. 1 викладеної в його редакції ст. 368-2 КК. Вказаних (подібних) законодавчих змін варто уникати, якщо, звичайно, виходити з потрібності існування окремої статті КК про відповідальність за незаконне збагачення. Про перенесення тягара доказування на обвинуваченого (у тому числі в розглядуваній ситуації) можна вести мову лише після внесення концептуальних змін до ст. 62 Конституції України (остання сформульована імперативно і за буквального її тлумачення не допускає можливості її порушення, навіть адекватного суспільно значущій меті). Викладення кримінально-правової норми про незаконне збагачення в редакції згаданого законопроекту суперечитиме (причому явно) презумпції невинуватості і праву не свідчити проти себе, у зв'язку з чим у випадку його ухвалення варто буде очікувати звернень до Конституційного Суду України на предмет з'ясування конституційності ст. 368-2 КК. Щоправда, така ж доля може спіткати і чинну редакцію цієї статті КК.

До речі, критикуючи формулювання ст. 20 Конвенції ООН проти корупції і, відповідно, його неприйнятність для потреб удосконалення КК РФ, В.М. Бурлаков констатує очевидну нерелевантність цього формулювання: незаконність поведінки впливає не з кримінально-правової заборони,

а з відсутності в службовій особі можливості розумним чином пояснити перевищення фактичних активів над законними доходами. Така підстава кримінальної відповідальності є неприйнятною з огляду на її невизначеність [2, с. 15]. Видається, що це зауваження цілком може бути екстрапольоване на формулювання диспозиції ч. 1 ст. 368-2 КК України, викладеної в редакції вказаного законопроекту. Основне ж – це те, що предмет корупційного збагачення не слід визначати в контексті кримінально-процесуального доказування: останнє відбувається вже після фактичного збагачення відповідного суб'єкта і не повинне визнаватися характеристикою складу злочину; немає підстав ототожнювати активи злочинного, у тому числі корупційного походження, з активами, щодо законності підстав набуття яких відсутні докази, належні і допустимі з погляду КПК.

2. У п. 5.7 Експертного висновку РЄ зазначається, що закріплений у ч. 2 примітки ст. 368-2 КК мінімальний поріг у вигляді однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) є занадто високим. Він приблизно дорівнює сумі доходу публічного службовця за 10 років. Це значна сума для публічних службовців, а тим більше для звичайних громадян. Встановлення такого мінімального порогу для визначення того, що є незаконним збагаченням, може сприяти формуванню хибного уявлення про допустимість певного рівня корупційної діяльності. Тому необхідно або вилучити мінімальний поріг вартості майна, походження якого неможливо пояснити і володіння яким вважається кримінальним правопорушенням – незаконним збагаченням, або встановити цей поріг на рівні не більше 5–10 НМДГ.

Вважаю таку рекомендацію неприйнятною, оскільки вона не враховує: 1) вказівку ст. 20 Конвенції ООН проти корупції на значне збільшення активів державної посадової особи; 2) призначення ст. 368-2 КК як заборони, що розрахована не на конкретне корупційне зловживання та уособлює завершальний рубіж кримінально-правової протидії корупції; 3) обмеженість ресурсів правоохоронних органів і доцільність зосередження їхніх зусиль на тих фактах незаконного збагачення, який мають значний суспільний резонанс. І ще один аргумент (на цей раз компаративістський) на користь недоцільності перегляду закріпленого в ст. 368-2 КК значного розміру активів: КК Литви, визнаючи самостійним злочином незаконне збагачення, передбачає відповідальність для того, хто на праві власності має майно вартістю 19 тис. євро, знаючи або маючи можливість знати про те, що це майно не могло бути одержано на законних підставах.

3. У доктрині зустрічається пропозиція пов'язати наявність складу злочину «незаконне збагачення» до декларування осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, надавши йому матеріально-правового значення, – фактично повернутись до підходу, втіленого в одній з попередніх редакцій ст. 368-2 КК. Так, О. С. Бондаренко називає нормативне формулювання значного розміру активів як предмета незаконного збагачення неоптимальним, зважаючи на варіативність рівня офіційних доходів суб'єктів цього злочину, а формулювання ст. 368-2 КК у редакції Закону від 14 жовтня 2014 р. «Про Націона-

льне антикорупційне бюро України» – наближеним до суспільних реалій. У зв'язку з цим в примітці ст. 368-2 КК запропоновано вказати на те, що активами в значному розмірі є вигоди, розмір (вартість) яких у два або більше рази перевищує розмір доходу, зазначеного в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за відповідний період, поданий особою у порядку, встановленому Законом «Про запобігання корупції» [3, с. 150–151].

Вище наводились аргументи на користь того, що розмір активів (предмет незаконного збагачення) має бути по-справжньому значним – як це і передбачено чинною редакцією ст. 368-2 КК. Висловлю також сумнів у доречності визначення параметрів предмета незаконного збагачення як злочину (майна нелегітимного) за допомогою звернення до розміру офіційних (легальних) доходів, відображених у декларації уповноваженої особи. Постає і питання, чи не суперечитиме ст. 368-2 КК, яка не буде встановлювати однакового (єдиного) розміру активів як предмета кримінально караного збагачення, принципу рівності осіб перед законом.

4. Використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «набуття особою... у власність активів...» унеможливає інкримінування цієї кримінально-правової норми у випадках, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не накопичила (збільшила) свої статки, а незаконно позбавилась майнових витрат (наприклад, вона чи близька їй особа безоплатно або за «символічною» ціною отримала різноманітні послуги – медичні, освітні, туристичні, розважальні, юридичні, ремонтні, транспортні тощо). Водночас треба мати на увазі, що якщо законність підстав набуття у власність коштів, за допомогою яких особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, сплачено послуги, не підтверджено доказами, то вчинене може розглядатись як незаконне збагачення.

Цікаво, що формулювання «одержання ... неправомірної вигоди...», використане в первісній редакції ст. 368-2 КК, дозволяло охоплювати згадану неправомірну поведінку належного суб'єкта, що наводить на думку про доречність використання такого (подібного) формулювання у вдосконаленій ст. 368-2 КК. Крім іншого, це дозволило б усунути ґрунт для дискусії, пов'язаної з позначенням предмета незаконного збагачення як активів, законність походження яких не підтверджується доказами. Подібним чином розмірковує Д. Г. Михайленко, на погляд якого розкішний спосіб життя публічної службової особи, який не пов'язаний з приростом її майна, проте виражається в отриманні нею (на свою користь або користь близьких) послуг, переваг, пільг, інших вигод, за які особа не сплачує коштів або сплачує явно нееквівалентну ціну, не може бути підставою для застосування норми КК про відповідальність за незаконне збагачення. У зв'язку з цим дослідник пропонує використати в ст. 368-2 КК (за прикладом інших норм КК про корупційні злочини) термін «неправомірна вигода», що дозволить поширити дію аналізованої кримінально-правової заборони на випадки отримання чи користування відповідним суб'єктом будь-якими майновими благами [4, с. 263–264].

5. О. І. Гузоватим висловлено думку про те, що особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть користуватися активами або фактично володіти ними, посиляючись на те, що ці активи належать на праві власності подружжю чи близьким родичам. Це унеможливило застосування норми КК про незаконне збагачення в чинній її редакції як універсального кримінально-правовою засобу в протидії корупції. Для вирішення проблеми пропонується криміналізувати як форму прояву незаконного збагачення «набуття цих активів у володіння чи користування у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» [5, с. 108, 117, 186].

Вище вже вказувалося на невдалість формулювання «набуття активів ... законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», однак мова зараз йде про інше. При застосуванні ст. 368-2 КК слід враховувати, що майно, набуто подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності (ч. 1 ст. 60 СК). Звідси випливає, що предметом незаконного збагачення має визнаватися і те майно, яке перебуває в спільній сумісній власності подружжя, в тому числі у випадку, якщо право власності на майно зареєстровано за чоловіком або дружиною особи, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Водночас з урахуванням ч. 2 ст. 97 СК на підставі шлюбного договору майно, набуто подружжям за час шлюбу, може вважатися таким, що належить на праві особистої приватної власності одному з подружжя. Відповідно, в такій ситуації відсутнє передбачене ч. 1 ст. 368-2 КК набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у власність (а отже, в цій частині О. І. Гузоватий має рацію), проте, на мою думку, можуть вбачатися ознаки такого альтернативного кримінально караного діяння, як передача належним суб'єктом активів іншій особі, якою виступає один із подружжя (казане стосується і випадків передачі активів іншим особам, включаючи близьких родичів). Так що вести мову про прогалину в кримінальному законі і в цьому разі, вочевидь, не доводиться.

Взагалі з погляду кваліфікації вчиненого за ст. 368-2 КК не має значення, кому на праві власності належать активи, законність набуття яких є сумнівною і не підтверджується доказами; важливим є інше – те, що саме незаконна поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, стала джерелом неза-

конного збагачення цієї особи або її оточення. Для того ж, щоб усунути сумніви, пов'язані з інкримінуванням ст. 368-2 КК у випадках належності активів на праві власності іншим особам, треба не загроможувати текст цієї кримінально-правової заборони вказівкою на набуття активів не лише у власність, а і у володіння чи користування, а рухатись у протилежному напрямі, спрощуючи редакцію ст. 368-2 КК. Вказівка в ній на набуття активів у власність, не відображаючи суть кримінально караного збагачення і здатна певною мірою заплутати правозастосувача, з погляду цивілістики видається некоректною, а тому має розглядатися як умовна, а *de lege ferenda* – підлягає виключенню. Адже з урахуванням ст. 328 ЦК, згідно з якою право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, вести мову про те, що внаслідок вчинення злочину особа набула певне майно у власність, недоречно. Таким чином, вказівка на набуття активів у власність потребує адекватної заміни (при цьому не варто захоплюватися цивілістичними зворотами).

6. У відгуку офіційного опонента на дисертацію О. І. Гузоватого В. А. Мисливий зауважує, що чинна редакція ст. 368-2 КК створює передумови для ухилення від відповідальності тих осіб, які без законних на те підстав збільшують активи інших осіб з відома службової особи. У зв'язку з цим ставиться питання про доцільність уточнення ст. 368-2 КК з тим, щоб визнавати злочином також передачу активів будь-якій іншій особі (варіант – третій особі), здійснювану іншою особою за згодою того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Однак за такого варіанту вдосконалення КК диспозицією її ст. 368-2 не охоплюватиметься поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка дала згоду на передачу активів іншим особам та яка за логікою речей і повинна визнаватися суб'єктом незаконного збагачення. Натомість таким суб'єктом чомусь буде виступати той, хто сам незаконно не збагачується, а шляхом передачі активів лише сприяє незаконному збагаченню особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (а точніше оточення такої особи). Вважаю, що ст. 368-2 КК має закріплювати умисний характер корупційного збагачення і містити альтернативну вказівку на збагачення іншої особи, яке відбувається зі згоди особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Список бібліографічних посилань

1. Михайленко Д. Г. Обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення в Україні: соціальна обумовленість та тест на пропорційність // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XVII/редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. М. В. Афанасьєва. Одеса: Юрид. літ., 2015. С. 356–400.
2. Бурлаков В. Н. Криміналізація незаконного обогачення: теоретическая модель состава преступления. *Криминалистический журнал Байкальского государственного университета экономики и права*. 2015. Т. 9, № 1. С. 12–19.
3. Бондаренко О. С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2016. 272 с.
4. Михайленко Д. Г. Кримінально-правове значення незаконного збагачення осіб, пов'язаних із суб'єктом владних повноважень // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XVI/голов. ред. М. В. Афанасьєва. Одеса: Юрид. л-ра, 2015. С. 259–277.
5. Гузоватий О. І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпро, 2016. 273 с.

Одержано 23.01.2017