

УДК 343.352
DOI

І. Б. Юрчишин
orcid.org/0000-0001-6038-725X
детектив

*Національного антикорупційного бюро України,
аспірант спеціальної кафедри № 22
Навчально-наукового інституту контролюючої діяльності
Національної академії Служби безпеки України*

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ

Постановка проблеми. У 2003 р. на загальносвітовому рівні прийнято Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції (далі – Конвенція або Конвенція ООН проти корупції), ст. 20 якої встановлює можливість ужиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи та які вона не може раціонально обґрунтувати, за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи [1]. Хоча відповідальність за згаданий злочин існувала в окремих країнах і до прийняття Конвенції, але саме із цього моменту питанню протидії незаконному збагаченню як окремому злочину почали приділяти відповідну увагу у значній частині країн світу.

Україна не залишилася осторонь цього процесу і 18.10.2006 ратифікувала зазначену Конвенцію. Згодом незаконне збагачення було криміналізоване, Кримінальний кодекс України доповнено статтею 368², яка неодноразово піддавалася змінам і отримувала нові редакції, а в 2019 р. ця стаття загалом була визнана Конституційним Судом України такою, що не відповідає Конституції України. У цьому ж 2019 р. кримінальна відповідальність за вказаний злочин була відновлена введенням в КК України статті 368⁵, яка залишається чинною.

Безумовно, Україна перебуває ще на шляху становлення та розвитку кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, і безліч наукових дискусій із цього питання, які тривають від самого початку запровадження такої відповідальності, є тому свідченням. Метою цих дискусій є вироблення оптимальної для нашої країни моделі кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, що стало б потужним складником у механізмі боротьби з корупцією. І передусім це стосується формулювання самої норми КК України, що у чинній редакції, на жаль, не здатна належним чином відповідати сучасним викликам у цій сфері. Усе це зумовлює актуальність результатів дослідження автора, викладених у цій статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Кримінально-правову характеристику незаконного збагачення досліджували такі українські науковці, як: Д.О. Гарбазей, О.І. Гузоватий, О.П. Деніга, О.О. Дудоров, К.П. Задоя, В.М. Киричко, О.О. Книженко, М.В. Кочеров, В.Н. Кубальський, М.І. Мельник, В.А. Мисливий, Д.Г. Михайленко, В.О. Навроцький, В.Я. Тацій, Т.М. Тертиченко, Р.В. Трофименко, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, О.Ю. Шостко, І.М. Ясінь.

Значну увагу дослідженню проблематики незаконного збагачення приділяли і зарубіжні науковці та експерти, серед яких: І. Данелене, Г. Дордж, Д. Жалімас, Н. Кофеле-Кале, Н. Гачері Камунде, К. Мюллер, Н. Цоцорія.

Водночас, незважаючи на те що результати досліджень зазначених науковців мали велике значення для становлення інституту кримінальної відповідальності за вказаний злочин, а їхні висновки залишаються актуальними і сьогодні, усе ж доводиться констатувати, що проблема незаконного збагачення в Україні залишається ще недостатньо дослідженою. Окрім цього, досвід діяльності детективів Національного антикорупційного бюро свідчить, що значна частина проблем, що виникають у процесі розслідування незаконного збагачення, пов'язана з недосконалістю самої норми статті 368⁵ КК України, яка встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення.

Метою статті є дослідження окремих об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину «незаконне збагачення» і формулювання пропозицій, спрямованих на вдосконалення кримінальної відповідальності за це діяння, що, своєю чергою, як убачається, сприятиме ефективності його розслідування і притягнення до відповідальності винних осіб.

Виклад основного матеріалу. Загалом ми вважаємо, що протидія незаконному збагаченню включає як мінімум два складники: правовий та організаційний. Своєю чергою, правовий можна поділити на той, що встановлює власне кримінальну відповідальність за цей злочин, і той, що визначає процедуру розслідування та притяг-

нення до відповідальності за нього. У межах цієї статті ми будемо розглядати тільки першу частину. Водночас це абсолютно не означає, що інші є менш важливими. Ні, і більше того, досить часто саме регулювання процесу організації протидії незаконному збагаченню і досвід діяльності у цьому напрямі правоохоронних органів впливають на подальшу зміну регламентації самої відповідальності. Але ці питання потребують окремого вивчення і можуть стати предметом інших публікацій.

Як було зазначено вище, кримінальну відповідальність за вчинення злочину «незаконне збагачення» встановлює ст. 368⁵ КК України. Зокрема, у ній передбачено кримінальну відповідальність за «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи». Окрім цього, стаття дає окреме тлумачення того, що слід розуміти під «набуттям активів», «активами» і «законними доходами», що, безумовно, є вкрай важливо для правозастосування цієї норми.

Цілком очевидно, що повний аналіз усіх суб'єктивних і об'єктивних ознак складу цього злочину неможливий у межах однієї статті, тому ми спробуємо проаналізувати окремі складники диспозиції ст. 368⁵, формулювання яких тією чи іншою мірою викликає труднощі під час розслідування відповідного діяння.

Передусім необхідно звернути увагу на суб'єкт злочину. Його належна кримінально-правова характеристика дає змогу, з одного боку, правильно визначити особу, яка повинна нести відповідальність за вчинення конкретного злочину, а з іншого – запобігти незаконному притягненню до відповідальності невинуватої особи і, таким чином, грубому порушенню її прав.

Тим більше це стосується злочину «незаконне збагачення», у складі якого фігурує спеціальний суб'єкт, тобто такий, що володіє визначеними характеристиками, які, власне, виокремлюють його серед багатьох інших суб'єктів злочину.

Цілком зрозуміло, що незаконне збагачення – це не єдиний склад злочину, елементом якого є спеціальний суб'єкт. У зв'язку із цим для забезпечення єдиного підходу до розуміння терміна «спеціальний суб'єкт» у всіх складах злочину, де він використовується, КК України у загальній частині поряд з іншими термінами дає і його визначення. І це, як убачається, повинно було б створити фундамент, на якому б базувалися відповідні положення особливої частини КК України, що, своєю чергою, давало б змогу запобігати будь-яким суперечностям між різними нормами кримінального кодексу і в кінцевому підсумку, що найголовніше, уникати

помилкової кримінально-правової кваліфікації відповідних діянь.

У цьому разі варто згадати, що формулювання суб'єкта складу злочину «незаконне збагачення» неодноразово зазнавало змін у КК України.

Так, у первинній редакції ст. 368² КК України суб'єктом злочину визначалася службова особа [2].

У 2014 р. у зв'язку з прийняттям Закону № 1698-VII від 14.10.2014 ст. 368² КК України зазнала відчутних редакційних змін стосовно суб'єкта злочину. З одного боку, у статтю уведено новий термін – «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», а з іншого – запроваджено диференціацію кримінальної відповідальності залежно від того, наскільки відповідальним є становище особи. Зокрема, ч. 2 визначала суб'єктом злочину службову особу, яка займає відповідальне становище, і за ч. 3 – службову особу, яка займає особливо відповідальне становище [3].

І тут, як слушно підкреслює у дисертаційному дослідженні О.І. Гузоватий, треба зазначити, що про особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як спеціального суб'єкта злочину не згадується ні в примітках до відповідних статей розділу XVII КК, ні у самій ст. 18 КК України [4, с. 121].

Після визнання відомим рішенням Конституційного Суду України ст. 368² КК України неконституційною і введення в Кримінальний кодекс України Законом № 263-IX від 31.10.2019 ст. 368⁵ суб'єктом злочину визначено особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування без будь-якої подальшої диференціації, як це було в останній редакції ст. 368² [5]. При цьому, як і у ст. 368², примітка 1 до ст. 368⁵ особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, визначає осіб, зазначених у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції».

Таким чином, у «конкуренцію» вступили два терміни, а саме «службова особа» й «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Причому можна стверджувати, що останній фактично поступово витіснив перший.

Зважаючи на зазначене, можна було б припустити, що така заміна термінології повинна була вдосконалити визначення суб'єкта злочину. Але чи сталося так насправді?

І.М. Ясінь зазначає, що до моменту внесення цих законодавчих змін суб'єкт незаконного збагачення у диспозиції ст. 368² позначався термінологічним зворотом «службова особа». У пояснювальній записці до відповідного законопроекту доцільність зміни формулювання поняття спеціального суб'єкта основного складу злочину,

передбаченого ст. 368² ККУ, не обґрунтовували. Більше того, про необхідність заміни одного поняття на інше навіть не згадували [6, с. 91].

У цьому контексті вважаємо також за необхідне нагадати, що ст. 20 Конвенції ООН проти корупції не містить ані терміна «службова особа», ані поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». У вказаному міжнародному документі використовується термін «державна посадова особа» [1].

У зв'язку із цим виникає питання: як співвідносяться поняття «службова особа», «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» і «державна посадова особа»?

М.В. Кочеров у статті «Поняття службової особи як суб'єкта незаконного збагачення» досить аргументовано, на нашу думку, доводить, що визначення службової особи, наведене у п.п. 1, 2 примітки до ст. 364 КК, фактично включає в себе термін «посадова особа», оскільки містить, окрім інших, і посадову групу ознак [7, с. 37–38].

Але, як зазначалося вище, ст. 20 Конвенції ООН проти корупції вживає термін «державна посадова особа». Цілком зрозуміло, що останній не є тотожним до терміна «посадова особа». Різниця між ними полягає у тому, що державні посадові особи – особи, посади яких безпосередньо пов'язані з державною владою. Своєю чергою, посадові особи включають представників як державної влади, так і влади недержавної, місцевої, тобто місцевого самоврядування. Отже, друге поняття поглинає перше і, відповідно, є більш широким, тобто включає ширше коло осіб.

Зважаючи на зазначене вище, можна дійти попереднього висновку про те, що термін «службова особа», зазначений у примітці 1 ст. 364 КК України, охоплює як термін «державна посадова особа», вживаний у Конвенції ООН проти корупції, так і термін «посадова особа», який включає у себе більш широке коло осіб.

Порівнюючи терміни «службова особа» і «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», слухних висновків дійшла І.М. Ясінь. Зокрема, вона вважає, що спеціальний суб'єкт є родовим поняттям щодо спеціально-конкретного суб'єкта, який є видовим поняттям. Тож спеціально-конкретним суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368² КК України, є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Родовим щодо останнього є поняття «службова особа». Із цього випливає, що суб'єкт незаконного збагачення, крім видових ознак, повинен бути наділений усіма ознаками «службової особи». У ч. 3 ст. 18 КК України в редакції Закону України № 3207-VI закріплено віддавна відомий теорії і практиці кримінального права поділ службових

осіб на такі три категорії, що виділяються за змістом виконуваних функцій: представники влади чи місцевого самоврядування, особи, які виконують організаційно-розпорядчі функції, особи, які виконують адміністративно-господарські функції. І, як стверджує науковець, особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть виконувати будь-яку з передбачених у ч. 3 ст. 18 КК України функцій [6, с. 92–93].

Наведене, на нашу думку, свідчить, що термін «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» фактично дублює закріплений у КК України термін «службова особа».

У зв'язку із цим спеціалісти Головного науково-експертного управління та Головного юридичного управління Верховної Ради України назвали незрозумілою заміну «такого усталеного кримінально-правового поняття, як «службова особа» (визначення якого дається у ч. 4 ст. 18 та примітках 1 і 2 до ст. 364 ККУ) поняттям «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Мотивували це тим, що «аналіз примітки 1 до ст. 364 КК України свідчить, що поняття «службова особа», яке визначене у ній, охоплює практично усіх «осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» [8].

Більше того, на нашу думку, введення поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» призвело до неясності у розумінні повного переліку осіб, які потенційно можуть бути суб'єктами відповідного злочину, оскільки у процесі правової регламентації ст. 368⁵ КК України законодавцем не дотримано принцип єдності термінології, що, своєю чергою, суперечить принципу системності.

Так, як уже зазначалося, ст. 368⁵ КК України визначає суб'єктом незаконного збагачення особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Водночас у примітці 1 до ст. 364 КК України вказується, хто вважається службовими особами, у статтях 364, 368, 368⁵, 369 Кримінального кодексу України. Схоже положення містять примітки 2 та 3 до ст. 368. У них визначається коло осіб, які вважаються у статтях 368, 368⁵, 369 та 382 КК України службовими особами, які займають відповідальне становище, та службовими особами, які займають особливо відповідальне становище.

Така ситуація може свідчити про те, що законодавець, уводячи ст. 368⁵ до КК України, або припустився помилки законодавчої техніки, зазначаючи у примітках 1 ст. 364 та 2, 3 ст. 368 іншого ніж зазначеного у ст. 368⁵ суб'єкта, або ж він уважає ці терміни синонімами.

На підставі викладеного вище ми вважаємо, що використання під час визначення суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368⁵, терміна «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» не тільки не сприяло вдосконаленню кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а й створило перешкоди в остаточному розумінні того, хто саме може вважатися суб'єктом відповідного злочину, порушує принцип єдності юридичної термінології, яка застосовується для статей цієї ж глави КК України, та в кінцевому підсумку створює перешкоди для органів досудового розслідування під час визначення суб'єкта злочину незаконного збагачення.

Ми переконані, що зазначений термін повинен бути замінений на термін «службова особа».

Важливо, на наше переконання, також звернути увагу на думку фахівців Головного науково-експертного управління Верховної Ради України, яку вони висловили у висновку від 05.09.2019 на проєкт закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів», яким, власне, у КК України вводилася ст. 368⁵. Зокрема, вони аргументовано звернули увагу на те, що у Законі України «Про запобігання корупції» (ч. 3 ст. 46, ст. 50), а також Законі України «Про державну службу» КК (примітка 1 до ст. 364, примітки 2 та 3 до ст. 368) має місце диференціація осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, доцільність якої, вочевидь, зумовлена абсолютно різними за змістом та обсягом повноваженнями відповідних категорій осіб. З огляду на це, вони підкреслювали, що ознаки суб'єкта незаконного збагачення варто було б визнати тим базовим критерієм, що дає змогу посилювати кримінальну відповідальність за вчинене залежно від того, чи є винна особа «службовою особою», «службовою особою, яка займає відповідальне становище» чи «службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище» у межах різних частин запропонованої ст. 368⁵ КК України [8].

Ми підтримуємо цю точку зору і вважаємо, що суспільна небезпека діянь різних за посадою осіб, які виконують різні функції держави або місцевого самоврядування, може мати різний рівень.

Отже, з урахуванням визначеного вище та з метою усунення неузгодженостей між загальною та особливою частинами Кримінального кодексу України, зокрема між статтями 18 та 368⁵, а також між статтями 364, 368 та 368⁵, пропонуємо у ст. 368⁵ КК України суб'єктом злочину визначити так:

у ч. 1 суб'єкт злочину – службова особа (визначення у примітці 1 до ст. 364 КК України);

у ч. 2 – службова особа, яка займає відповідальне становище (визначення у примітці 1 до ст. 368 КК України);

у ч. 3 – службова особа, яка займає особливо відповідальне становище (визначення у примітці 1 до ст. 368 КК України).

Іншим складником, на який ми б хотіли звернути увагу, є об'єктивний бік злочину.

Дослідження об'єктивного боку складу будь-якого злочину має велике теоретичне і практичне значення. Це передусім зумовлено тим місцем, яке надається питанню встановлення об'єктивного боку злочину органами досудового слідства під час розслідування кримінального провадження. Практика діяльності правоохоронних органів свідчить про те, що розв'язання цього питання має першочергове значення у досудовому розслідуванні.

Закріплена у ст. 368⁵ КК України диспозиція є, як убачається, надто загальною і тому ускладнює розуміння традиційно зрозумілого факту отримання неправомірної вигоди, а отже, і розуміння змісту і форми суспільної небезпеки цього діяння. Своєю чергою, така «загальність» приписів даної норми посилює проблему розв'язання конкуренції правових норм, її відмежування від злочинів зі схожим складом.

Зазначене свідчить про порушення принципу юридичної визначеності, який, як зазначив Конституційний Суд України у мотивувальній частині Рішення від 26 лютого 2019 р. № 1-р/2019, є одним із головних елементів принципу верховенства права, закріпленого в частині першій ст. 8 Основного Закону України. Конституційний Суд України також наголошував на дотриманні вимоги ясності і недвозначності норм, які встановлюють кримінальну відповідальність, що є особливо важливим з огляду на специфіку кримінального закону та наслідки притягнення до кримінальної відповідальності, адже притягнення до такого виду юридичної відповідальності пов'язане з можливими істотними обмеженнями прав і свобод людини [9].

Тим більше це стосується злочину, передбаченого ст. 368⁵ КК України, де від юридичної визначеності об'єктивного боку залежить правильність кваліфікації дій саме як незаконного збагачення, а не як злочинів зі схожими складами.

Справа в тому, що існуюча в Україні система корупції створює умови для незаконного збагачення як у результаті корупційних дій (хабарництва), так і в різних формах замаскованої латентної економічної злочинності (так званої «білокомірцевої злочинності»), факти та обставини вчинення яких складно виявляти та викривати, наприклад так звані «відкати», маніпуляції з ПДВ, недоведені факти рейдерства, замасковані шахрайські дії у сфері бізнесу, банківської,

кредитної, інвестиційної, фінансової діяльності, приватизації, маніпуляцій на фондовому ринку, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, ухилення від сплати податків та обов'язкових платежів тощо, що зовні можуть виглядати і в окремих випадках навіть бути цілком законними діями. Відповідно, особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зобов'язані декларувати свої доходи, а в разі наявності у них активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, підпадають під дію коментованої статті. Ми переконані, що за вказаної редакції ст. 368⁵ КК України це видається малоймовірним.

На нашу думку, більш детальний аналіз змісту суспільно небезпечного діяння, визначеного диспозицією ст. 368⁵ КК України, а також практика діяльності Національного антикорупційного бюро свідчать про суттєві вади у формулюванні об'єктивного боку.

Одним із підтверджень цьому, як убачається, є, зокрема, використання в диспозиції ст. 368⁵ КК України терміна «набуття активів». Пункт 2 примітки до ст. 368⁵ КК України під набуттям активів передусім передбачає набуття права власності на них.

У цьому контексті О.І. Гузоватий зазначає, що набуття особою активів у власність являє собою передбачену цивільним законодавством форму виникнення цивільних прав та обов'язків. На підставі цього вчений вважає моментом закінчення незаконного збагачення у формі «набуття» зазначених активів особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, виконання низки вимог, визначених нормативно-правовими актами, щодо оформлення права власності на предмет злочину – визначені законом види активів. Наприклад, якщо предметом злочину буде нерухома річ, яка підлягає державній реєстрації, то право власності в особи виникне лише з моменту державної реєстрації права власності на нерухоме майно, і лише після цього злочин буде вважатися закінченим [4, с. 110]. Отже, сутність розглядуваної активної дії полягає в оформленні суб'єктом незаконного збагачення права власності на активи, які йому не належать і не можуть належати. При цьому сам процес офіційного фіксування цієї правомочності відповідає закону. Як наслідок, особа стає власником таких активів. У цьому разі має місце надання права власності й самому об'єкту власності зовнішнього вираження правомірності. Однак їхній зміст свідчить про відсутність законних підстав для здійснення оформлення названого речового права, що встановлюється у результаті слідчих, судових та інших кримінально-процесуальних дій [10, с. 112–113].

Тобто у цьому разі йдеться про те, що набуття активів – це процес, що потребує доведення, а це значно ускладнює розслідування.

Свою чергою, простішим з огляду розуміння його змісту і доказування видається термін, що містить ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, а саме «збільшення». Його використання у ст. 368⁵ КК України, на нашу думку, дало б змогу уникати зайвих складнощів у розслідуванні. Збільшення повинно передбачати встановлення різниці між вартістю набутих активів та доходами суб'єкта злочину. Тобто достатньо підтвердити збільшення активів поза законними доходами службової особи.

Практика діяльності Національного антикорупційного бюро свідчить, що іншим проблемним аспектом, закладеним у диспозиції ст. 368⁵ Кримінального кодексу України, є відсутність періоду, за який саме необхідно буде оцінювати доходи відповідної особи для встановлення у її діяннях факту «перевищення законних доходів», а отже, і визначити алгоритм розрахунку розміру (вартості) відповідних активів у контексті наявності/відсутності у діяннях відповідної особи ознак цього злочину.

Тому ми переконані, що до ст. 368⁵ КК України доцільно внести зміни, у яких злочинними визнати не лише діяння, здійснене відповідним суб'єктом у період здійснення ним діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, а також протягом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Уважаємо за необхідне також звернути увагу і на те, що факт наявності в діяннях винної особи усіх ознак складу злочину, передбаченого ст. 368⁵ КК України, пов'язується з набуттям відповідних активів безпосередньо особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Виникає питання: чи братимуться до уваги під час встановлення ознак об'єктивного боку складу злочину у вигляді незаконного збагачення у діяннях відповідного суб'єкта доходи членів сім'ї такої особи, які на законних підставах отримують високий дохід?

Примітка 4 ст. 368⁵ КК України визначає під законними доходами ті, що правомірно отримані із законних джерел, зокрема визначених пунктами 7 і 8 частини першої ст. 46 Закону України «Про запобігання корупції», яка визначає перелік відомостей, що зазначаються у декларації, яку подають особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Пунктом 7 до таких відомостей віднесено отримані доходи суб'єкта декларування або членів його сім'ї [11]. Із наведеного змісту пункту 7 ст. 46 Закону не зрозуміло, що саме слід вважати джерелом доходу, і безпосередньо чи можуть бути джерелом доходу для особи, зазначеної у ст. 368⁵ КК, доходи членів його сім'ї?

Національне агентство з питань запобігання корупції, звертаючи увагу на непоодинокі випадки неправильного зазначення в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, даних щодо джерела того чи іншого доходу, надало відповідне роз'яснення, в якому, зокрема, зазначалося: «Відповідно до статті 46 Закону України, відомості щодо доходу суб'єкта декларування або члена його сім'ї включають дані про вид доходу, джерело доходу та його розмір. При цьому під джерелом доходу слід розуміти фізичну або юридичну особу, яка виплатила (нарахувала) такий дохід, а не самого суб'єкта декларування чи члена його сім'ї, які такий дохід отримали» [12].

Наприклад: джерелом доходу у вигляді заробітної плати є організація, у якій працює суб'єкт декларування або член його сім'ї і яка виплатила (нарахувала) таку заробітну плату; джерелом доходу у вигляді дивідендів є юридична особа, корпоративними правами якої володіє суб'єкт декларування або член сім'ї; джерелом подарунку є особа, яка подарувала відповідний об'єкт.

Винятком є дохід від зайняття підприємницькою або незалежною професійною діяльністю члена сім'ї, коли сам член сім'ї може бути вказаний джерелом свого доходу від такої діяльності. Це не стосується суб'єктів декларування, які таку діяльність здійснювати не можуть згідно із законодавством [12].

Таким чином, доходи членів сім'ї особи, зазначеної у диспозиції ст. 368⁵ КК України, які, наприклад, у законний спосіб отримують високий дохід, не можуть уважатися джерелом її доходу і під час установлення ознак об'єктивного боку складу злочину у вигляді незаконного збагачення у діяннях відповідного суб'єкта не будуть братися до уваги.

Отже, можлива ситуація, коли така особа може уникнути відповідальності, якщо з її допомогою члени її сім'ї отримали у власність зазначені активи. І сьогодні досить часто це зустрічається в Україні, коли службові особи приховують активи, отримані в результаті своєї протиправної діяльності, оформлюючи їх на членів сім'ї або близьких родичів.

Отже, ми вважаємо, що доходи членів сім'ї особи, зазначеної у ст. 368⁵ КК також повинні визначатися у її диспозиції і, відповідно, враховуватися під час кримінально-правової кваліфікації відповідного діяння.

Викликає заперечення також вартість активів, яка передбачена ст. 368⁵ КК України. Порівняно з визаною неконституційною ст. 368² КК України, в якій поріг вартості становив лише тисячу неоподаткованих мінімумів доходів громадян, у ст. 368⁵ ця межа є значно вищою – більше ніж на шість із половиною тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян. Отже, існуюча редак-

ція ст. 368⁵ КК України зменшує кількість потенційних кримінальних проваджень про незаконне збагачення, оскільки якщо сума незаконно набутих активів буде меншою ніж шість із половиною тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян, відповідна особа не піддаватиметься кримінальному переслідуванню за вчинення суспільно небезпечного діяння. На нашу думку, варіант, що був передбачений ст. 368² КК України, цілком виправданий і логічний, оскільки станом на 1 січня 2021 р. неоподаткований мінімум доходів громадян для цілей застосування норм кримінального законодавства в частині кваліфікації злочинів дорівнює 1 094,5 грн, значний розмір активів у межах ст. 368⁵ КК матиме місце, якщо їх вартість перевищить 7 млн 114 тис грн. Ураховуючи те, що середня номінальна заробітна плата в Україні у червні 2021 р. становить 14 313 грн [13], для отримання відповідного доходу особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може знадобитися понад 50 років життя, а отже, й коло потенційних суб'єктів складу злочину у вигляді незаконного збагачення суттєво обмежується.

Також, як убачається, у межах цієї статті необхідно приділити увагу і суб'єктивному боку означеного злочину. І це, звичайно, зумовлено тим особливим значенням, яке у питанні притягнення особи до кримінальної відповідальності надається встановленню її вини.

Як зазначає О.П. Деніга, суб'єктивний бік є одним із чотирьох елементів складу злочину і відіграє вкрай важливу роль як під час кримінально-правової кваліфікації злочинного діяння, так і під час розслідування та притягнення особи злочинця до кримінальної відповідальності. Доведеність вини особи у вчиненому злочині є умовою для притягнення до кримінальної відповідальності. Відсутність вини виключає суб'єктивний бік і тим самим склад злочину [10, с. 155].

Із суб'єктивного боку злочину, передбачені розділом XVII Особливої частини КК України, за винятком службової недбалості характеризуються умисною формою вини. Під час визначення суб'єктивного боку злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, необхідно насамперед установити, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування: 1) усвідомлювала факт використання свого службового становища і той факт, що це суперечить інтересам служби; 2) передбачала, що такі дії завдають шкоди змісту правильної роботи державного чи іншого апарату або створюють загрозу настання такої шкоди, і бажала вчинити такі дії [14, с. 151].

У зв'язку із цим О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко зазначають, що аналіз положень міжнародних

актів щодо боротьби з незаконним збагаченням державних посадових осіб дає підстави для висновку про те, що суб'єктивний бік складу злочину незаконного збагачення проявляється через умисну форму вини та корисливу мету. У тексті ст. 20 Конвенції чітко закріплено наявність у діях умисної форми вини через використання словосполучення «коли вони вчиняються навмисно» [14, с. 152].

Науковці загалом однастайні у тому, що незаконне збагачення може вчинятися лише з прямим умислом. Ця позиція знайшла відображення у працях О.П. Денеги, О.О. Дудорова, О.І. Гузоватого, М.В. Кочерова, В.М. Киричка, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, І.М. Ясінь.

Зокрема, І.М. Ясінь зазначає, що свідомістю винного охоплюється те, що набуті у власність активи не є еквівалентом витраченого часу на виконання функцій держави або місцевого самоврядування або іншим доходом, не забороненим законом, а, навпаки, такі активи, набуті незаконно, без передбачених у законі підстав, унаслідок реалізації корупційних схем, учинення незаконних правочинів або інших правопорушень, спрямованих на незаконне збагачення. Таким чином, у зміст інтелектуальної ознаки умислу також входить розуміння винним усіх ознак предмета складу злочину, передбаченого ст. 368⁵ КК України (фізичної, економічної та юридичної) [6, с. 105].

З іншого боку, ми хотіли б додати, що диспозиція ст. 368⁵ не пов'язує незаконне збагачення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, саме з використанням її повноважень, тобто вона може незаконно збагачуватися і поза їх використанням.

Водночас слід підкреслити, що ст. 368⁵ КК України не містить у диспозиції згадку про умисність діяння. Натомість, як зазначалося, ст. 20 Конвенції ООН проти корупції наполягає на визнанні злочинном саме умисне незаконне збагачення. У зв'язку із цим із метою приведення диспозиції ст. 368⁵ у відповідність до ст. 20 Конвенції, а також забезпечення принципу правової визначеності вважаємо, що у ст. 368⁵ КК України незаконне збагачення повинне визначатися саме як «умисне збільшення активів».

Таким чином, на підставі викладеного вище пропонуємо диспозицію ст. 368⁵ КК України викласти у такій редакції: «Умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення службовою особою активів, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».

Висновки:

- використання під час визначення суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368⁵, терміна «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» не тільки не сприяло

вдосконаленню кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а й створило перешкоди в остаточному розумінні того, хто саме може вважатися суб'єктом відповідного злочину, порушує принцип єдності юридичної термінології, яка застосовується для статей цієї ж глави КК України, та в кінцевому підсумку створює перешкоди для органів досудового розслідування під час визначення суб'єкта злочину незаконного збагачення. Зазначений термін повинен бути замінений на термін «службова особа»;

- із метою усунення неузгодженостей між загальною та особливою частинами Кримінального кодексу України, зокрема між статтями 18 та 368⁵, а також між статтями 364, 368 та 368⁵, пропонуємо у ст. 368⁵ КК України суб'єкт злочину визначити так:

- у ч. 1 суб'єкт злочину – службова особа (визначення у примітці 1 до ст. 364 КК України);

- у ч. 2 – службова особа, яка займає відповідальне становище (визначення у примітці 1 до ст. 368 КК України);

- у ч. 3 – службова особа, яка займає особливо відповідальне становище (визначення у примітці 1 до ст. 368 КК України);

- принциповим аспектом нової редакції диспозиції ст. 368⁵ КК України повинно бути визначення незаконного збагачення саме як різниці у вартості між набутими активами та доходами службової особи, для чого термін «набуття активів» має бути замінений на поняття «збільшення активів»;

- із метою визначення чіткого алгоритму розрахунку розміру (вартості) відповідних активів у контексті наявності/відсутності у діяннях відповідної особи ознак незаконного збагачення до ст. 368⁵ КК України необхідно внести зміни, у яких злочинними також визнати діяння, що містять склад цього злочинну, здійснене відповідним суб'єктом протягом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення;

- доходи членів сім'ї особи, зазначеної у ст. 368⁵ КК, також повинні визначатися у її диспозиції і, відповідно, враховуватися під час кримінально-правової кваліфікації відповідного діяння;

- пропонуємо диспозицію ст. 368⁵ КК України викласти у такій редакції: «Умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення службовою особою активів, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».

Література

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003, ратифікована Верховною Радою України 18.10.2006. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16

2. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» № 3207-VI від 07.04.2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17>.

3. Закон України «Про Національне антикорупційне бюро України» № 1698-VII від 14.10.2014. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>

4. Гузоватий О.І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право і кримінологія, кримінально-виконавче право». Дніпро, 2016. 273 с.

5. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів» № 263-IX від 31.10.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/263-20/>

6. Ясінь І.М. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Львів, 2017. 236 с.

7. Кочеров М.В. Поняття службової особи як суб'єкта незаконного збагачення. *Адвокат*. 2012. № 9. С. 37–40. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/adv_2012_9_9

8. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України від 05.09.2019 на проєкт закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів». URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66264

9. Рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019.pdf

10. Денєга О.П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Київ, 2015. 194 с.

11. Закон України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>

12. Роз'яснення Національного агентства з питань запобігання корупції № 1 від 13.02.2020. URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2020/02/12.Osoblyvosti-vidobrazhennya-vidomostej-pro-nematerialni-aktyvy.pdf>

13. Середня зарплата в Україні за рік зростала на 23,6%. URL: <https://www.me.gov.ua/News/Detail?lang=uk-UA&id=edf9637c-a32f-487b-8b98-96a12a954b2e&title=SerediaZarplataVUkrainiZaRikZrosloNa23-6->

14. Гузоватий О.І., Титаренко О.О. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні та деяких зарубіжних країнах : монографія. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018. 260 с.

Анотація

Юрчишин І. Б. Актуальні питання вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню проблем правової регламентації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. Автор, розгля-

даючи положення ст. 3685 Кримінального кодексу України, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, здійснює дослідження окремих сформульованих у статті ознак складу цього злочину, які, на його думку, викликають труднощі під час кримінально-правової кваліфікації і подальшого розслідування цього злочину. Наголошується, що проблема незаконного збагачення в Україні залишається ще недостатньо дослідженою, а досвід діяльності детективів Національного антикорупційного бюро України свідчить, що значна частина труднощів, що виникають у процесі розслідування незаконного збагачення, пов'язані з недосконалістю самої норми ст. 3685 КК України. Передусім звертається увага на закріплення у статті суб'єкта злочину. При цьому автор нагадує про зміни, яких зазнало формулювання суб'єкта протягом існування в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Розглядається співвідношення між термінами «службова особа» і «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», а також питання про доцільність уведення останнього. Під час дослідження об'єктивного боку злочину «незаконне збагачення» звертається увага на те, що практика діяльності Національного антикорупційного бюро України свідчить про суттєві вади у формулюванні цього складника у ст. 3685 КК України. Автор намагається довести це, піддаючи аналізу визначення терміна «набуття активів», що сформульоване у пункті 2 примітки до вказаної статті, проблему оцінки доходів для встановлення факту їх перевищення, необхідність урахування доходів членів сім'ї суб'єкта злочину тощо. Аналізується також суб'єктивний бік злочину. Зокрема, звертається увага на умисність діяння як ознаку суб'єктивного боку незаконного збагачення й у цьому контексті порівнюється положення ст. 3685 КК України з положеннями ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. Наприкінці автор формулює висновки, яких він дійшов у результаті дослідження, а також висловлює пропозиції, спрямовані на вдосконалення ст. 3685 КК України, серед яких пропонує її нову редакцію.

Ключові слова: незаконне збагачення, кримінальна відповідальність, боротьба з корупцією, об'єктивний бік злочину, суб'єкт злочину, суб'єктивний бік злочину.

Summary

Yurchyshyn I. B. Relevant issues of improving criminal liability for illicit enrichment. – Article.

The article is dedicated to exploration of the problems of legal regulation of criminal liability for illicit enrichment in Ukraine. The author is looking at the provisions of Article 3685 of the Criminal Code of Ukraine, which designate criminal liability for illicit enrichment, carries out research some of the features of this crime, which, in the author opinion, cause difficulties in criminal qualification and further examination of this crime. Emphasizing that the problem of illegal levy in Ukraine will remain deficient will be investigated and the practice of national anti-corruption bureaus of Ukraine will testify that it is partly difficult to investigate illegal enrichment involved in the inadequate of norm 3685 of the Criminal Code of Ukraine. First of all, the attention draws to consolidation in the statute of the subject of the crime. While the author remind about changes which has been formulated of the subject during the existence in Ukraine of criminal liability for illicit enrichment. The relation is considered between the terms 'official' and 'a person authorized to perpetrate the functions of

the state or local self-government' and also the question about the expediency of introduction of the last one. During the exploration of the objective side of the crime of "illegal enrichment" draws attention to the fact that the practice of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine designate of essential defects in wording of this component in Article 3685 of the Criminal Code of Ukraine. The author tries to demonstrate this by analyzing the definition of the term 'acquisition of assets' which is formulated in the item number 2 of the remark to this article : the problem of estimating income to establish the fact of their excess, the importance to take into account the income of family members of the offender, etc. Also

here analyzed the subjective side of the crime. Especially, attention is drawn to the intentional purpose of the act as a feature of the subjective side of illicit enrichment and in this context compares the provisions of Article 3685 of the Criminal Code of Ukraine with the provisions of Article 20 of the UN Convention against Corruption. In the end, the author formulates the inference he reached as a result of the study and also makes suggestions directed at improving Article 3685 of the Criminal Code of Ukraine, among which he offers a new editorship.

Key words: illicit enrichment, criminal liability, fight against corruption, objective side of the crime, the subject of the crime, subjective side of the crime.