

УДК 343.35(477)

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ, ЯКІ ПОВ'ЯЗАНІ ЗІ СТАТТЕЮ 368-2 КК УКРАЇНИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРШЕННЯ

Зінченко К.С., Шевчук С.В.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Досліджено проблемні питання нової редакції статті 368-2 Кримінального кодексу України. А саме її невідповідність Конвенції ООН проти корупції, Конституції України, Кримінальному кодексу України. Проаналізовано позиції вчених щодо питання незаконного збагачення. Проведено міжнародно-правовий аналіз злочину незаконного збагачення. В результаті проведеного дослідження зроблено відповідні висновки та сформувано пропозиції щодо вдосконалення редакції статті 368-2 Кримінального кодексу України (незаконне збагачення), які можуть мати теоретичне та практичне значення у подальшому вивченні цієї проблематики та у правозастосуванні.

Ключові слова: незаконне збагачення, презумпція невинуватості, корупція, конфіскація майна, штраф.

Постановка проблеми. Нова редакція статті 368-2 Кримінального кодексу України (далі – КК України) привертає багато уваги через певні складнощі її реалізації при кримінальній відповідальності. Проблемним є формулювання саме об'єктивної сторони даного злочину. Також науковою роботою охоплюється аналіз санкції статті 368-2 КК України, а саме її доцільність, раціональність та міжнародно-правовий порівняння.

Стан дослідження. Питання незаконного збагачення розглядається багатьма науковцями, такими як О.О. Книженко, В.М. Киричко, М.В. Кочеров, Г.С. Крайник, В.Н. Кубальскій, Д.Г. Михайленко, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, О.Ю. Шостко та ін. Незважаючи на це, ще й досі існує багато прогалин та проблем з незаконним збагаченням в Україні, які повинні бути вирішені.

Метою статті є дослідження відповідності редакції ст. 368-2 КК України від 10.11.2015 іншим нормативно-правовим актам, а саме Конституції України, Кримінальному кодексу України та Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції (далі – Конвенція); порівняння та аналіз санкції статті 368-2 КК України з кримінальним законодавством України та інших країн.

Виклад основного матеріалу. Корупція в сучасних умовах стала чинником, який реальною загрозою національній безпеці та конституційному ладу України. Надзвичайно високий рівень корупції в Україні визнано не тільки вітчизняними та зарубіжними аналітиками, експертами, громадськими та міжнародними організаціями, а й навіть представниками вищих органів виконавчої та законодавчої влади. Україна здобула 30 балів зі 100 можливих у дослідженні Transparency International «Індекс сприйняття корупції» (CPI) за 2017 рік і посіла 130 місце (зі 180 країн). Це на 1 бал більше та на 1 позицію вище, ніж у 2016 році (29 балів, 131 місце зі 176 країн). Але в динаміці результати 2016 року нижчі (1 бал проти 2) ніж у 2017 році [1]. Це явище негативно впливає на всі сторони суспільного життя: економіку, політику, управління, соціальну та правову сфери, громадську свідомість, міжнародні відносини. Корумповані дії все більше витісняють правові та, що найбільш небезпечно, з аномалії перетворюються фактично на норму поведінки.

В останні роки в Україні у сфері протидії корупції було зроблено досить багато кроків – прийнято спеціальний антикорупційний закон та цілу низку інших законодавчих актів, що так чи інакше стосуються боротьби з корупцією, схвалено Концепцію боротьби з корупцією, розроблено спеціальну антикорупційну програму, на політичному рівні проголошено курс на посилення протидії корупції, запроваджено систематичне проведення на найвищому рівні організаційних заходів за участю державних та правоохоронних органів. Важливим документом, який регулює протидію корупції в Україні, є Конвенція, яка була ратифікована Верховною Радою України 18.10.2006 року, і набрала чинності 01.01.2010 року [2]. На основі ст. 20 Конвенції з'явилася ст. 368-2 в розділі XVII Особливої частини КК У, яка регулює такий корупційний злочин, як незаконне збагачення. Відповідно до ст. 368-2 КК У, незаконне збагачення – це 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. Якщо аналізувати ст. 20 Конвенції та ст. 368-2 КК України, то виникають певні зауваження. По-перше, в ст. 20 Конвенції написано: «...умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати.», а ст. 368-2 вказує на «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». Тобто, в Конвенції зазначено, що особа підлягає відповідальності за збільшення активів, які вона не може раціонально обґрунтувати, а КК У вказує на те, що особа повинна підтвердити їх доказами. Як вважають Г.С. Крайник та С.С. Крайник у своїй праці, це формулювання ст. 368-2 КК України суперечливе «Незаконне збагачення» та не відповідає ст. 62 Конституції України, що неприпустимо, оскільки відповідно до ст. 8 Конституції України вона має найвищу юридичну силу; закони та інші нормативно-правові акти приймаються на осно-

ві Конституції України і повинні відповідати їй. У свою чергу, ст. 368-2 КК України не відповідає також ст. 20 вказаної Конвенція ООН (що набрала чинності для України у 2010 р.), а Конституція України (далі – КУ) в 1996, тому положення КК України мають відповідати зазначеним нормативним актам, а не суперечити їм [3].

Цікавим є те, що більшість країн Європи і США неохоче здійснюють криміналізацію незаконного збагачення як окремого кримінально караного діяння. Причинами цього називаються порушення відповідного заборону принципів кримінального судочинства та конституції щодо презумпції невинуватості, а також наявність в національному законодавстві достатніх превентивних заходів для боротьби з корупцією, включаючи незаконне збагачення [4, с. 87]. Аналізуючи ст. 20 Конвенції, можна зазначити, що вона встановлює презумпцію походження майна державної посадової особи внаслідок вчинення корупційних правопорушень. Тобто особа повинна доводити свою невинуватість. В свою чергу, це є порушенням класичного принципу кримінального процесу про невинуватість осіб, вину яких не доведено в судовому порядку. Стаття 62 Конституції України вказує саме на те, що ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Очевидно, що формулювання в ст. 368-2 КК України про незаконне збагачення, коли на особу покладається обов'язок пояснити походження належного їй майна для уникнення кримінальної відповідальності, суперечить конституційним приписам. Так само вважає І.Б. Газдайка-Василишин, на думку якої при врахуванні положень ст. 62 Конституції України, унеможливилося криміналізація незаконного збагачення в такому розумінні, як його тлумачить Конвенція [5, с. 87]. Водночас існує така думка О.І. Гузоватого: стаття 368-2 КК сформульована з додержанням права особи на презумпцію невинуватості та права не свідчити проти себе, він вважає, що тягар доведення за чинною редакцією ст. 368-2 КК повністю лежить на стороні обвинувачення [6, с. 49]. Як пише Навроцька В.В., імплементація ст. 20 Конвенції та безпека української держави, поставленої під загрозу масовими проявами корупції, цілком можуть дати підставу для поставлення питання про допустимість деяких обмежень у застосування принципу презумпції невинуватості [7, с. 153]. Але, як зауважує Борков В., з практики ЄСПЛ випливає, що презумпція невинуватості і право не свідчити проти себе не є абсолютними, і повинні застосовуватися відповідно до таких принципів: принцип розумності, справедливості і співмірності обмеженню прав та основних свобод [8, с. 13]. Саме тому презумпція невинуватості може бути обмежена, якщо справа торкається посадових осіб, статус і поведінка яких становить підвищену небезпеку для суспільства. Отже, через невідповідність статті 368-2 КК України до статті 62 КУ, вважаю за доцільне внести зміни до ст. 62, а саме: «Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину, окрім посадових осіб внаслідок перевищення доходів, які вказані в декларації».

Також потребує розгляду санкція ст. 368-2, а саме конфіскація майна. Статтею 59 КК У передбачена конфіскація майна за тяжкі та особли-

во тяжкі корисливі злочини. Так, відповідно ч. 1 ст. 12 КК України, злочином невеликої тяжкості є злочин, за який можна призначити не більше 2 років позбавлення волі або більш м'яке покарання, саме таке покарання міститься в санкції статті 368-2 КК України. Отже, санкція частин 1 і 2 статті 368-2 КК України не відповідає та суперечить статті 59 ККУ.

На думку автора, стаття 368-2 КК України потребує приведення у відповідність, по-перше, до ст. 20 Конвенції, а саме «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, які перевищують її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати». Також, відповідно до ст. 59 та ст. 12 КК України, прибрати з ч. 1 та ч. 2 конфіскацію майна як вид покарання, через його невідповідність. Якщо казати про ст. 59 КК, та її невідповідність із санкцією ст. 368-2 КК України, то в цьому випадку треба вносити зміни до загальної частини, а саме до ч. 2 ст. 59 КК України, де потрібно вказати «Конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини та злочини незаконного збагачення який передбачений ст. 368-2 в Особливій частині КК України».

Якщо казати про невідповідність ст. 368-2 КК України та ст. 62 Конституції, то існує два способи вирішення проблеми: або вносити зміни до Конституції, а саме в ч. 2 ст. 62 додати таке положення «...але державні службовці та посадові особи повинні доводити свою невинуватість у незаконному збагаченні»; або внести зміни до положень ст. 368-2 КК, а саме: «Незаконне збагачення, тобто умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати».

У Віденській конвенції про право міжнародних договорів закріплено правило, що держава може при підписанні, ратифікації, ухваленні, затвердженні договору або приєднанні до нього сформулювати застереження, якщо договір не забороняє їх внесення (ст. 19) [9]. В цьому разі застереження виглядало б так: ратифікувати Конвенцію ООН проти корупції, окрім статті 20, через її невідповідність із ст.ст. 8, 62 Конституції України.

Деякі країни, які ратифікували Конвенцію пішли іншим шляхом, а саме не імплементавали ст. 20 Конвенції, бо як вказано в самій Конвенції ця стаття має лише рекомендаційний характер. Федеративна Республіка Німеччина ратифікувала Конвенцію 12.11.2014 року [10], але від імплементації ст. 20 відмовилася [11], бо в національному законодавстві закріплено злочин отримання хабара, який є одним із способів незаконного збагачення. В свою чергу Об'єднане Королівство Великої Британії та Північної Ірландії не імплементавало ст. 20 Конвенції [12] через те, що створення положень закону щодо незаконного збагачення як правопорушення було розглянуто під час розробки законодавчих пропозицій, які стали Законом Про Хабарництво 2010 року, і відхилено, оскільки ці положення суперечили основним принципам правової системи Великої Британії та були несумісними з презумпцією невинуватості та пунктом 2 статті 6 Європейської Конвен-

ції з прав людини [13]. Слід також зазначити, що члени парламенту Великої Британії зобов'язані реєструвати бізнес-інтереси, подарунки та гостинність, отримані в їхньому становищі, вище встановленої вартості. Якщо говорити все ж таки про імплементацію статті 20 Конвенції, то Литовська Республіка визнала незаконне збагачення злочином, та стаття 189-1 КК Литовської Республіки передбачає, що особа, яка на основі речового права володіє майном вартістю понад 500 мінімальних розмірів прожиткового мінімуму і знала або повинна була знати, що дане майно не могло бути придбане за рахунок законних доходів, підлягає покаранню у формі штрафу, або арешту, або тюремного ув'язнення на строк до 4 років, з обов'язковою конфіскацією власності [14]. Дія цієї статті поширюється і на юридичних осіб. Водночас існує й адміністративна відповідальність за незаконне збагачення, яка полягає в тому, що якщо вартість майна менша зазначеного порога, то особа повинна сплатити податки із цього майна і може бути притягнута до адміністративної відповідальності у вигляді штрафу в розмірі від 10% до 50% від вартості майна [15].

Аналізуючи санкцію статті 368-2 КК, можна зробити висновок про те, що покарання у вигляді позбавлення волі є недоречним. На думку автора, суспільна небезпечність незаконного збагачення

є недостатньою для призначення позбавлення волі, тому мету покарання можна досягти, призначивши штраф: в ч.1 у розмірі 30-150 н.м.д.г, в ч. 2 – 150-200 н.м.д.г. та відповідно в ч. 3 – 200-500 н.м.д.г. Таким чином, покарання буде більш раціональним, ніж тримати особу за ґратами на бюджетній основі.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, автор пропонує викласти статтю 368-2 КК України «Незаконне збагачення» в такій редакції – ч. 1: Умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати, – караються штрафом у розмірі від 30 до 150 н.м.д.г. з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Ч. 2: Ті самі діяння, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне становище, – караються штрафом у розмірі від 150 до 200 н.м.д.г. з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років;

Ч. 3: Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, – караються штрафом у розмірі від 200 до 500 н.м.д.г. з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Список літератури:

1. Індекс сприйняття корупції-2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: <https://ti-ukraine.org/research/indeks-koruptsiyi-spi-2017/>.
2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16.
3. Крайник Г.С., Крайник С.С. Щодо невідповідності статті 368-2 Кримінального кодексу України положенням Конституції України та Конвенції ООН проти корупції // *Круглий стіл «Актуальні проблеми кримінально-правової охорони основ національної безпеки України»* (26 травня 2017 року, м. Харків) у НДІ імені академіка В.В. Сташиса, 2017. – 158 с. – С. 117-120.
4. Гарбазей Д.О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект / Д.О. Гарбазей // *Альманах міжнародного права*. – 2014. – Вип. 4. – С. 84-94.
5. Газдайка-Василишин І.Б. Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення / І.Б. Газдайка-Василишин // *Митна справа*. – 2012. – № 4. – Ч. 1. – Кн. 1. – С. 86-90.
6. Гузоватий О.І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльний дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / О.І. Гузоватий. – Дніпро, 2016. – 273 с.
7. Навроцька В.В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоюдейського та сучасного кримінального права та процесу / В.В. Навроцька. – К.: Видавничий дім «АртЕк», 2016. – 224 с.
8. Борков В. Проблемы криминализации коррупционного обогащения в России / В. Борков // *Уголовное право*. – 2007. – № 2. – С. 27-31.
9. Віденська конвенція про право міжнародних договорів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118.
10. Germany [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.unodc.org/unodc/treaties/CAC/countryprofile/CountryProfile.html?code=DEU>.
11. Komparativni pregled: Kriminalizacija nezakonitog bogaćenja javnih funkcionera u pojedinim evropskim zemljama [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/biblioteka-i-istrazivanje/2017/3.pdf>.
12. Report on the UK's Compliance with the UN Convention Against Corruption [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: https://www.bond.org.uk/data/files/Bond_AntiCorruption_Group_UKs_compliance_with_the_UNCAC.pdf.
13. COUNTRY REVIEW REPORT OF THE UNITED KINGDOM [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/UK_Final_country_review_report_18.3.2013.pdf.
14. Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso patvirtinimo ir įsigaliojimo įstatymas. Baudžiamasis kodeksas [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.111555/OTzspIvXy>.
15. Незаконне збагачення як склад злочину в міжнародному праві [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: http://lsej.org.ua/2_2014/34.pdf.

Зинченко К.С., Шевчук С.В.

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМЫ, КОТОРЫЕ СВЯЗАНЫ СО СТАТЬЕЙ 368-2 УК УКРАИНЫ И ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ

Аннотация

Исследовано проблемные вопросы новой редакции статьи 368-2 Уголовного кодекса Украины. А именно ее несоответствие Конвенции ООН против коррупции, конституции и Украины, Уголовном кодексе Украины. Проанализированы позиции ученых по вопросу незаконного обогащения. Проведения международно-правовой анализ преступления незаконного обогащения. В результате проведенного исследования сделаны соответствующие выводы и сформулированы предложения по совершенствованию редакции статьи незаконного обогащения, которые могут иметь теоретическое и практическое значение в дальнейшем изучении этой проблематики и в правоприменении.

Ключевые слова: незаконное обогащение, презумпция невиновности, коррупция, уполномоченным на выполнение функций государства или местного самоуправления, конфискация, штраф.

Zinchenko K.S., Shevchuk S.V.

Yaroslav Mudriy National Law University

PROBLEM QUESTIONS WHICH CONCERN WITH ARTICLE 368-2 OF THE CC OF UKRAINE AND WAYS TO RESOLVE THEM

Summary

The problematic issues of the new wording of article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine are researched. Namely, its non-compliance with the UN Convention against Corruption, the Constitution and Ukraine, the Criminal Code of Ukraine. The positions of scientists on the issue of illegal enrichment are analyzed. Conducting international legal analysis of the crime of illegal enrichment. As a result of the study, appropriate conclusions were drawn and proposals were made to improve the editorial staff of the illegal enrichment article, which may have a theoretical and practical significance in further studying this issue and in law enforcement.

Keywords: illegal enrichment, presumption of innocence, corruption, authorized to perform functions of the state or local self-government, confiscation, fine.