

УДК 343.35(100+477)

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.34>**Олена Драган,**

докт. юрид. наук, доцент,

проректор з наукової роботи

Університету державної фіскальної служби України

ORCID ID: 0000-0002-5696-6360

ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ

У статті охарактеризоване незаконне збагачення як один із проявів корупції, що невпинно зростає впродовж останніх років та загрожує економічній безпеці нашої держави. Вказується, що через зміни соціально-економічних умов така категорія кримінальних правопорушень постійно трансформується в нові види і форми. Одночасно видозмінюються й засоби вчинення цих правопорушень.

Наголошено на тому, що встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, повернення активів, режими кримінальної конфіскації, а також пов'язані з ними механізми забезпечення повернення корупційних доходів є важливими напрямками діяльності правоохоронних органів. В Україні триває процес приведення антикорупційної політики у відповідність із міжнародними стандартами у сфері запобігання і протидії корупції. Однак, попри широке міжнародне визнання криміналізації незаконного збагачення, воно не одержало загального визнання як антикорупційний захід. Україна – не перша держава, яка проходить випробування на конституційність норми про переслідування за незаконне збагачення. Результати аналізу рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 у справі № 1-135/2018 (5846/17) продемонстрували комплексність розуміння природи і проблематики впровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Констатовано, що застосування такого інструменту впливу на поведінку особи неминуче пов'язане із правами людини, а саме необхідністю їх обмеження.

Досліджено перспективний зарубіжний досвід боротьби із кримінально караним незаконним збагаченням. Визначено країни, які встановили кримінальну відповідальність, та країни, які мають адміністративну відповідальність за незаконне збагачення; наведено відповідні положення національних нормативних актів. Викладено окремі аспекти доцільності встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення крізь призму практики Європейського суду з прав людини.

Обґрунтована необхідність пошуку підходящої моделі правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин, що матимуть наслідком рекомендації щодо вдосконалення вітчизняного законодавства, усунення порушень закону та їх попередження.

Ключові слова: незаконне збагачення, кримінальне правопорушення, корупційні доходи, міжнародний досвід, рішення Конституційного Суду України, практика ЄСПЛ.

Постановка проблеми. Незаконне збагачення в Україні впродовж останніх років зростає й загрожує економічній безпеці нашої держави. Через зміни соціально-економічних умов така категорія кримінальних правопорушень постійно трансформується в нові види і форми. Видозмінюються й засоби вчинення цих правопорушень. Усе це зумовлює необхідність проведення досліджень із цієї проблематики і пошуків найбільш ефективних заходів попередження незаконного збагачення.

Аналіз останніх досліджень. Питання незаконного збагачення розглядається багатьма науковцями, такими як О.І. Гузоватий, О.О. Книженко, В.М. Киричко, М.В. Кочеров, Г.С. Крайник, В.Н. Кубальський, М.І. Мельник, Д.Г. Михайленко, В.О. Навроцький, В.Я. Тацій, О.О. Титаренко, В.І. Тютюгін,

М.І. Хавронюк, О.Ю. Шостко, І.М. Ясін та ін. Проблеми боротьби із незаконним збагаченням перебувають і у полі зору практиків.

Незважаючи на все це, і досі є багато прогалин у вітчизняному правовому регулюванні та правозастосуванні із незаконним збагаченням, що мають бути вирішені. Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, повернення активів, міжнародне співробітництво у цій сфері, режими кримінальної конфіскації, а також пов'язані з ними механізми забезпечення повернення корупційних доходів є доволі важливими напрямками діяльності правоохоронних органів.

Мета статті. Інститут незаконного збагачення у галузі кримінального права покликаний виявляти, попереджати розвиток

корупційного збагачення посадових осіб органів влади. Аналіз позиції Конституційного Суду України з цього питання із посиланням на зарубіжний досвід боротьби із кримінально караним незаконним збагаченням та пошуки оптимальної моделі для українського законодавства дають змогу розробити рекомендації щодо шляхів подальшого розвитку законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у вигляді спеціальної статті фактично являє собою останній елемент контролюючого характеру у механізмі кримінально-правової протидії корупції, що спрямований на забезпечення невідворотності відповідальності за всі злочинні форми корупційного (незаконного) збагачення [1, с. 147].

Відповідно до статті 62 Конституції України особа вважається невинуватою у скоєнні 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 скоєнні злочину [2].

Рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 у справі № 1-135/2018 (5846/17) за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України щодо визнання такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною) статті 368-2 Кримінального кодексу України про незаконне збагачення, фактично декриміналізувало один із ключових злочинів, задля боротьби з якими створювали нові антикорупційні органи [3].

Конституційний Суд України у своєму рішенні також звернув увагу на те, що за вказаною Конвенцією держава-учасниця розглядає можливість криміналізації незаконного збагачення «за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи». При цьому, на думку Суду, у разі криміналізації будь-якого суспільно небезпечного діяння треба виходити насамперед із принципів та норм Конституції України, адже закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Далі Суд із посиланням на юридичну визначеність як елемент верховенства права, закріпленого статтею 8 Конституції, детально виклав позиції ЄСПЛ щодо якості закону, змісту презумпції невинуватості щодо неприпустимості притягнення особи

до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, вимог чіткості, точності, однозначності та юридичної визначеності як складника принципу верховенства права, закріпленого у ст. 8 Конституції України.

При цьому Суд указав на те, що Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) у Доповіді «Верховенство права», схваленій на її 86-му пленарному засіданні, яке відбулося 25–26 березня 2011 року, зазначила, що одним із неодмінних елементів верховенства права є юридична визначеність (пункт 41); юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними (пункт 46).

Конституційний Суд України зауважує, що елементом принципу презумпції невинуватості є принцип *in dubio pro reo*, згідно з яким у оцінюванні доказів усі сумніви щодо вини особи тлумачаться на користь її невинуватості.

Вирішуючи цю справу, Конституційний Суд України вказав на те, що виходить із того, що законодавче визначення ознак такого злочину, як незаконне збагачення, у статті 368-2 Кодексу не відповідає принципу юридичної визначеності. Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України; укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України (стаття 9 Основного Закону України) [3].

Необхідно зауважити, що Україна – не перша держава, яка проходить випробування на конституційність норми про переслідування за незаконне збагачення.

Подібні суперечки щодо нібито неконституційності редакції статті мали місце і у Литві. Однак, розглянувши це питання, литовський Конституційний Суд визнав норму «незаконного збагачення» такою, що відповідає Основному Закону держави, пославшись, зокрема, на «прагнення зробити економічно невідповідними злочини, пов'язані з корупцією, власністю, економікою, фінансами, інші корисливі злочини, а також запобігти таким діянням і нанесенню збитків державі та суспільству» [4]. Литовська Республіка визнала незаконне збагачення злочином, стаття 189-1 Кримінального кодексу Литовської Республіки передбачає, що особа, яка на основі речового права воло-

діє майном вартістю понад 500 мінімальних розмірів прожиткового мінімуму і знала або повинна була знати, що таке 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. Дія цієї статті поширюється і на юридичних осіб. Водночас є 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 [5, с. 824].

Конституційний Суд Республіки Молдова визнав інститут незаконного збагачення таким, що відповідає Конституції, визнавши, що оспорювані положення не перевищують межі конституційних норм і виправдані інтересами державної безпеки і боротьби з корупцією. Водночас судом зауважено, що обов'язок доводити незаконне збагачення лежить виключно на державних органах (п. 107); а норма ст. 330-2 Кримінального кодексу не вимагає від державного службовця «раціонально обґрунтувати» своє майно [6].

Міжнародно-правові приписи про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення передбачені, зокрема, у Конвенції ООН проти корупції 2003 року, статтею 20 якої передбачено, що за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна держава-учасниця цієї конвенції розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів посадової особи органу публічної влади, яке перевищує її законні доходи, які вона не може раціонально обґрунтувати [7]. Погоджуємося із науковцями у тому, що у статті йдеться не про обов'язковість, а про можливість імплементації цих приписів у національне законодавство, реалізація якої зумовлена дотриманням своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи [8]. Конвенція ООН проти корупції рекомендує країнам встановити кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, а таким визнається наявність у публічної посадової особи якоїсь власності, яку вона не вказала у декларації і яку не може пояснити.

Багато країн не встановили кримінальної відповідальності, але у них адміністративна відповідальність такого обсягу, що вона цілком адекватна криміналізації. Наприклад,

Італія використовує таку санкцію, як конфіскація [5].

Підкреслюємо те, що більшість країн Європи і США неохоче здійснюють криміналізацію незаконного збагачення як окремого кримінального караного діяння. Причинами називають, зокрема, порушення принципів кримінального судочинства та конституції щодо презумпції невинуватості, а також наявність у національному законодавстві достатніх превентивних заходів для боротьби з корупцією, включаючи незаконне збагачення. Серед 33 країн, що ратифікували Конвенцію, Сполучені Штати Америки та Канада відмовилися визнавати як окремих склад кримінального правопорушення незаконне збагачення [9].

Необхідно зазначити, що вперше поняття злочину незаконного збагачення було введено в Аргентині у 1964 році. Того ж року аналогічне поняття було запроваджене в Індії. У 1971 році в Гонконзі незаконне збагачення було криміналізоване указом про запобігання хабарництву, який з успіхом виконується з того часу. Тоді ж багато країн ввели злочин незаконного збагачення до свого кримінального законодавства, і тепер уже близько 45 країн покладаються на цей інструмент у боротьбі з корупцією.

Розуміння незаконного збагачення як справді корупційно небезпечної проблеми почало з'являтися наприкінці 70-х років ХХ століття. Першою серед міжнародних організацій, яка визначила невідповідність доходів і видатків посадовців обійманим посадам, виконуваним функціям як незаконне збагачення та необхідність його криміналізації, стала Організація Американських Держав. У ст. IX Міжамериканської конвенції про боротьбу з корупцією встановлюється вимога визнання як злочину суттєвого збільшення майна урядового чиновника, що він не може зрозуміло пояснити стосовно його законних заробітків під час виконання своїх функцій [9].

У Литві відповідна стаття була введена до Кримінального кодексу 2010 року, і в ній вказано, що у разі, якщо певній особі належить право власності на майно, вартість якого перевищує 500 мінімальних прожиткових мінімумів, і яка водночас усвідомлює або мала чи могла усвідомлювати, що таке майно не могло бути придбане з використанням законного доходу, це карається штрафом або арештом, або позбавленням волі на строк до чотирьох років.

У Кримінальному кодексі Аргентини (1964 року) передбачено, що будь-яка особа, яка у відповідь на законну вимогу не надає виправдання походженню свого якого-небудь

значного збагачення чи використуваної нею з метою прикриття третьої особи під час перебування на державній посаді та в період до двох років після припинення виконання таких обов'язків, карається позбавленням волі на строк від двох до шести років, штрафом у розмірі від 50 до 100 відсотків суми збагачення і довічною абсолютною поразкою в правах.

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. Своєю чергою це є порушенням класичного принципу кримінального процесу про невинуватість осіб, вину яких не доведено в судовому порядку [5, с. 823]. Федеративна Республіка Німеччина ратифікувала Конвенцію 12.11.2014, але від імплементації ст. 20 відмовилася, бо в національному законодавстві закріплено злочин отримання хабаря, який є одним зі способів незаконного збагачення [10].

Об'єднане Королівство Великої Британії та Північної Ірландії не імплементувало ст. 20 Конвенції 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 Великобританії та були несумісними з презумпцією невинуватості та пунктом 2 статті 6 Європейської Конвенції [5, с. 824].

Після декриміналізації з метою створення нової кримінально-правової норми, присвяченої незаконному збагаченню, Верховною Радою України 31.10.2019 прийнято нову редакцію норми незаконного збагачення, викладену у статті 368-5 КК України, що так само у більшості науковців та практиків викликало стурбованість щодо її відповідності принципам права [11].

Частина перша вказаної статті передбачає 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. Кримінальна відповідальність за ч. 1 ст. 368-5 КК України – позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років [12]. Цей Закон набрав чинності 07 листопада 2019 року. Як зазначається у пояснювальній записці до проекту зазначеного Закону, встановлення кримінальної відповідальності за

незаконне збагачення є зобов'язанням України за Меморандумом про взаємодію із Міжнародним валютним фондом від 22 квітня 2014 року, а також за статтею 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року, ратифікованої Верховною Радою України 18 жовтня 2006 року.

Слушною видається думка вчених, які стверджують, що, попри широке міжнародне визнання криміналізації незаконного збагачення, воно не одержало загального визнання як антикорупційний захід. Ця норма продовжує викликати активні дискусії та суперечки. Так, М.А. Рубашенко вважає, що нова редакція лише завуальовує порушення конституційних принципів, наведених у рішенні Конституційного Суду України, а тому український парламент «реанімував» «незаконне збагачення» шляхом виключення спірного елемента «відсутність доказів законності/відсутність раціонального обґрунтування», що тільки посилює неконституційність закону [13, с. 13].

Також викликає стурбованість відповідність нової норми принципу правової визначеності. Європейський суд з прав людини у рішенні у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства № 1» (*The Sunday Times v. the United Kingdom No. 1*) від 26 квітня 1979 року зазначив, що «норма не може розглядатися як «право», якщо її не сформульовано досить чітко, що дає змогу громадянинові регулювати свою поведінку» (пункт 49). У рішенні ЄСПЛ у справі «S.W. проти Сполученого Королівства» від 23.09.1998 вказано, що будь-який злочин має бути чітко визначений у законі, при цьому необхідно, аби кожен міг зрозуміти з тексту відповідної статті, а якщо потрібно – за допомогою судового тлумачення, за яку дію або бездіяльність передбачена кримінальна відповідальність [14].

Висновки

Підсумовуючи викладене, можна зазначити, що поняття «незаконне збагачення» та його наступна трансформація у національному кримінальному законодавстві відбувається й понині. Законодавець хоч і намагається врахувати рекомендації міжнародної спільноти, але водночас піддається впливу політичних чинників. Чимало вже зроблено, у т.ч. поняття «незаконне збагачення» знову криміналізоване в Україні.

Список використаних джерел:

1. Верховенство права : доповідь № 512/2009, Страсбург, 4 квітня 2011 р. Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія). URL: <https://www.venice.coe.int/>

webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr (дата звернення: 15.04.2021).

2. Конституція України від 28.06.1996: зі змінами і допов. від 03.09.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 15.04.2021).

3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року у справі № 1-135/2018(5846/17). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text> (дата звернення: 15.04.2021).

4. Рішення литовського Конституційного Суду. URL: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1688/summary> (дата звернення: 15.04.2021).

5. Зінченко К.С., Шевчук С.В. Проблемні питання, які пов'язані зі статтею 368-2 КК України та шляхи їх вирішення. *Молодий вчений*. 2018. № 11 (63). С. 822–825. URL: <http://molodyvchenu.in.ua/files/journal/2018/11/185.pdf> (дата звернення: 15.04.2021).

6. Рішення Конституційного Суду Республіки Молдова. URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=358414&lang=2> (дата звернення: 15.04.2021).

7. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16 (дата звернення: 15.04.2021).

8. Киричко В.М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми

на прикладі ст. 368-2 КК «незаконне збагачення». *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 142–151.

9. Гарбазей Д.О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2013. № 6-1, Т. 2. С. 212–217.

10. Komparativni pregled: Kriminalizacija nezakonitog bogaćenja javnih funkcionera u pojedinin evropskim zemljama. URL: <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/biblioteka-i-istrazivanje/2017/3.pdf> (дата звернення: 15.04.2021).

11. 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 : Закон України № 263-IX від 31.10.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/263-20#Text> (дата звернення: 15.04.2021).

12. Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (Розділ XVII). *Кримінальний кодекс України* від 23 квітня 2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page14#Text> (дата звернення: 15.04.2021).

13. Рубашенко М.А. Незаконне збагачення: міфічна природа та загрози криміналізації. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2019. № 1 (12). С. 1–31.

14. S.W. проти Сполученого Королівства : Рішення ЄСПЛ від 23 вересня 1998 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_106#Text (дата звернення: 15.04.2021).

Olena Dragan. Concerning criminal liability for illicit enrichment

The article describes illicit enrichment as one of the manifestations of corruption, which has been growing steadily in recent years and threatening the economic security of our country. It is indicated that due to changes in socio-economic conditions, this category of criminal offenses is constantly transformed into new types and forms. At the same time, the means of committing these offenses are also being changed. It was emphasized that the establishment of criminal liability for illegal enrichment, asset recovery, criminal forfeiture regimes, as well as related mechanisms for ensuring the return of corruption income are important areas of law enforcement activities. The process of bringing anti-corruption policy in line with international standards in the field of corruption prevention and counteraction is underway in Ukraine. However, despite wide international recognition of the criminalization of illicit enrichment, it has not received general recognition as an anti-corruption measure. Ukraine is not the first state to test the constitutionality of the rule on prosecution for illicit enrichment. The results of the analysis of the decision of the Constitutional Court of Ukraine of February 26.02. 2019 in case No. 1-135/2018 (5846/17) demonstrated a comprehensive understanding of the nature and problems of criminal liability for illicit enrichment. It is stated that the use of such a tool to influence a person's behaviour is inevitably related to human rights, namely the need to limit them.

Prospective foreign experience in combating criminally punishable illicit enrichment has been studied. The countries that have established criminal liability and the countries that have administrative liability for illicit enrichment have been identified; the relevant provisions of national regulations are given. Some aspects of the expediency of establishing criminal liability for illicit enrichment through the prism of the case law of the European Court of Human Rights are outlined.

The necessity of finding a suitable model of legal regulation of the relevant sphere of public relations is substantiated, which will result in recommendations on improving domestic legislation, eliminating violations of the law and preventing them.

Key words: illicit enrichment, criminal offense, corruption proceeds, international experience, decisions of the Constitutional Court of Ukraine, case law of the European Court of Human Rights.