

РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ

Михайленко Д.Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,

докторант кафедри кримінального права, к.ю.н.

e-mail: mdg@ukr.net

Ключові слова: незаконне збагачення, необґрунтовані активи, конфіскація «in rem».

Полеміка щодо норми про незаконне збагачення у моделі ст.20 Конвенції ООН проти корупції 2003 року (надалі – Конвенція), яка існує у юридичній літературі і пов'язана із можливим порушенням зазначеним інструментом основоположних принципів українського права, зумовлює існування ряду пропозицій щодо регламентації несприятливих для суб'єкта владних повноважень правових наслідків у випадку виявлення невідповідності майнових активів його легальним доходам.

Так, у зв'язку із недоліками конструкції складу незаконного збагачення із ст.20 Конвенції його визначення, що було закріплене ще згідно із ч.1 ст.368-1 КК України, на думку С.В. Гізімчука, цілком відповідало принципу, закріпленому у ст.11 Загальної декларації прав людини та у ст.62 Конституції України[1, с.279]. Інші автори на основі положень окремих міжнародних правових документів – Конвенції, Конвенції Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею 2003 року приходять до висновку про доцільність встановлення за таке службове порушення як незаконне збагачення дисциплінарної відповідальності[2]. Підсумувавши проблеми, які виникають при існуванні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, О. Дудоров та Т. Тертиченко резюмують, що відсутність використання службовою особою свого службового становища має виключати кримінально-

правову оцінку вчиненого нею як злочину у сфері службової діяльності, а для адекватного ж правового реагування на випадки одержання службовою особою неправомірної вигоди, пов'язаного з використанням службового становища, цілком вистачило б ст. 172-2 КУпАП під назвою «Порушення обмежень щодо використання службового становища» та імплементації положень Конвенції про конфіскацію майна, що здійснюється поза кримінальним судочинством[3, с.33-34]. Імплементувати норму ст. 20 Конвенції в російське законодавство в частині визначення незаконного збагачення (без сприйняття положення про його криміналізацію як таких, що суперечать презумпції невинуватості) А.І. Алексеев пропонував шляхом формулювання необхідної і достатньої правової бази для вилучення в дохід держави у порядку цивільного судочинства коштів, законність отримання яких не має підтвердження. Це призвело б, на його думку, до розумного дозованого посилення публічних засад в цивільному праві, яке, всупереч досить поширеним уявленням, аж ніяк не зводиться до приватного права (не є синонімом останнього)[4]. Схожою є думка, що у правовій системі ідея караності незаконного збагачення вже реалізована чи повинна бути реалізована через інші правові засоби, ніж встановлення кримінальної відповідальності по типу ст. 20 Конвенції, що обґрунтовується досвідом реалізації положень зазначеної Конвенції рядом країн (Бельгія, Данія, Норвегія, Португалія, США, Фінляндія, Франція, Швеція)[5].

Підґрунття для впровадження конфіскації майна з покладенням обов'язку доведення законності походження такого майна на обвинуваченого в злочині міститься у ряді міжнародних документів. Так, вперше на міжнародному рівні рекомендація про передбачення такої норми була закріплена у Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20.12.1988 року, за п.7 ст.5 якої можна розглянути можливість забезпечення перенесення тягаря доказування законного походження передбачуваних доходів або іншої власності, що підлягають конфіскації, в тій мірі, в якій такий захід відповідає принципам її національного законодавства і характеру судового та іншого розгляду. Згідно ж ч.8 ст.31 Конвенції та ч.7 ст.12

Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності держави-учасниці можуть розглянути можливість встановлення вимоги про те, щоб особа, яка вчинила злочин, довела законне походження таких удаваних доходів від злочину або іншого майна, що підлягає конфіскації, тією мірою, якою така вимога відповідає основоположним принципам їхнього внутрішнього права й характеру судового або іншого розгляду.

Доведення особою, яка вчинила злочин, законного походження передбачуваних доходів від злочину або іншого майна, що підлягає конфіскації, допустимо відповідно до норм чинного законодавства Алжиру, Афганістану, Бахрейну, Білорусі, Болгарії, Бразилії, Гондурасу, Греції, Індонезії, Іспанії, Італії, Колумбії, Маврикія, Мадагаскару, Малайзії (тільки в разі злочинів, пов'язаних з наркотиками), Мальти, Марокко, Мексики, М'янми, Намібії, Норвегії, Об'єднаної Республіки Танзанії, Польщі, Португалії, Таїланду, Тунісу, Туреччини, Узбекистану, Філіппін, Чеської Республіки, Швейцарії (у випадках вчинення злочину злочинною групою), Еквадору та Південно-Африканської Республіки[6].

Разом із тим, необхідно акцентувати увагу, що у всіх наведених випадках мова йде не про конфіскацію майна, походження якого суб'єкт не може обґрунтувати, а про конфіскацію доходів від злочинів, що визначені відповідним міжнародним актом, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів. Тобто конфіскація, про яку йдеться у наведених конвенціях, може бути застосована у ситуаціях, коли особа вчинила визначений злочин. Встановлення ж лише суттєвого збільшення майнових активів, яке не відповідає легальним доходам і не може бути обґрунтоване публічним службовцем (без визнання незаконного збагачення у конвенційній формулі злочином) не може бути підставою для конфіскації, про яку йшлося вище. При цьому не слід апелювати до пункту «с» ч.1 ст.54 Конвенції [за цим пунктом кожна держава-учасниця розглядає питання про вжиття таких заходів, які можуть бути необхідними, щоб створити можливість для конфіскації майна придбаного в результаті вчинення будь-якого із злочинів, визначених цією

Конвенцією, або використаного під час вчинення злочинів, без винесення вироку в рамках кримінального провадження у справах, якщо злочинець не може бути підданий переслідуванню з причини смерті, переховування або відсутності чи в інших відповідних випадках] оскільки хоча у ньому мова і йде про конфіскацію без винесення вироку, проте суд все одно повинен дійти висновку про вчинення особою корупційного злочину, але сам обвинувальний вирок не може бути винесений виключно із-за процесуальних перешкод. Аналогічна по суті модель буде задіяна в Україні з 04.06.2015 року згідно із Законом України від 12.02.2015 року[7]. За цим Законом суд за позовом прокурора про визнання необґрунтованими активів та їх витребування стягує їх у дохід держави, проте обов'язковою підставою для такого стягнення є набрання законної сили обвинувальним вироком суду про вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. У зв'язку із цим запропоноване Законом України від 12.02.2015 року вилучення необґрунтованих активів не у повній мірі відповідає тим проблемам, для подолання яких є необхідною конфіскація «in rem».

Так, окрім подолання процесуальних перешкод, до переваг конфіскації «in rem» відносять також те, що її можна застосувати, коли: 1) злочинець має правовий імунітет, що захищає його від кримінального переслідування; 2) злочинець наділений настільки великою владою, що кримінальне переслідування сильно ускладнене або неможливе; 3) майно перебуває у третіх осіб, яким не пред'являлося обвинувачення у вчиненні злочину; 4) злочинець визнаний невинним у скоєнні злочину через брак доказів або слабкої позиції обвинувачення. При цьому висловлюється також суперечлива думка, що конфіскація в кримінальному порядку передбачає ведення кримінального судочинства та винесення обвинувального вироку, в той час як конфіскація поза кримінальним провадженням не вимагає ні того, ні іншого. При цьому далі зазначається, що для застосування останньої необхідно довести, що майно має відношення до злочинної діяльності (отримано в результаті злочину або послужило знаряддям його здійснення)[8]. Тут виникає питання – чи можна

доходити висновку, що майно «має відношення до злочинної діяльності» без обвинувального вироку про наявність самої злочинної діяльності суб'єкта чи (тим більше) при визнанні особи невинною через брак доказів або слабку позицію обвинувачення? Як видається, ствердна відповідь на це питання буде не просто обмеженням дії окремих елементів принципу презумпції невинуватості, а прямим і повним виключенням дії самої презумпції (єдиним, що у цьому випадку буде пом'якшувати участь людини є те, що не буде застосовано іншого несприятливого заходу окрім конфіскації).

У зв'язку із цим, правильно під конфіскацією «*in rem*» розуміти конфіскацію, яка застосовується у випадках, коли особу з тих чи інших причин (смерть підозрюваного, обвинуваченого, її ухилення від кримінального переслідування і т.д.) неможливо притягнути до кримінальної відповідальності або коли кримінальне переслідування припинено по нереабілітуючих підставах, але при цьому є докази того, що майно такої особи придбано в результаті актів корупції[9]. Такий підхід не пов'язаний із необхідністю виключати дію презумпції невинуватості і підтверджує логічний зв'язок конфіскації «*in rem*» із наявністю доведеного, проте з-за процесуальних перешкод не зафіксованого судом в обвинувальному вироку злочину.

Таким чином, у межах рекомендацій міжнародних антикорупційних актів конфіскація поза кримінальним провадженням не замінює собою відповідальність за незаконне збагачення, а передбачає одночасне та пов'язане із ним застосування. Для того ж, щоб конфіскація поза кримінальним судочинством змогла хоча б частково замінити дію норми про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, як це пропонують деякі вчені, та долати деякі наведені вище процесуальні та життєві перешкоди, вона повинна передбачати можливість вилучення майна без попереднього встановлення, що 1) відповідний суб'єкт вчинив будь-який злочин та 2) майно, яке підлягає конфіскації, мало відношення до злочинної діяльності (у цьому разі корупційної), і застосовуватися у випадках, коли суб'єкт не може раціонально

обґрунтувати суттєве збільшення своїх активів, яке не відповідає його легальним доходам.

Саме такого роду вилучення майнових активів існує у Росії з 01.01.2013 року за Законом від 03.12.2012 року[10], відповідно до якого у випадку якщо в ході здійснення контролю за витратами посадової особи, а також за витратами її дружини (чоловіка) і неповнолітніх дітей виявлені обставини, що свідчать про невідповідність таких витрат їх загальному доходу, то прокуратура в порядку, встановленому законодавством про цивільне судочинство, звертається до суду із заявою про звернення в дохід держави земельних ділянок, інших об'єктів нерухомості, транспортних засобів, цінних паперів, акцій (часток участі, паїв у статутних (складеному) капіталі організацій), щодо яких службовою особою не представлено відомостей, які підтверджують їх придбання на законні доходи.

При цьому слід мати на увазі, що у міжнародних антикорупційних документах про такого роду конфіскацію мова не йде, а вона сама не зможе виконувати превенцію корупційних діянь, оскільки публічному службовцю буде загрозувати лише вилучення активів, походження яких він не зможе обґрунтувати. У випадках же, коли майно було завчасно збуто (наприклад, особа погасить свої борги), то конфіскувати буде нічого і публічний службовець взагалі не понесе будь-яких втрат чи обмежень.

У зв'язку із викладеним, не варто ігнорувати та применшувати значення ресурсів інституту конфіскації «in rem», зокрема, у моделі, яка існує у Росії, проте слід погодитися, що цивільно-правових, компенсаційних заходів для попередження корупції недостатньо і необхідна криміналізація незаконного збагачення посадових осіб[11, с.28]. Окрім того, відповідно до ст.20 Конвенції незаконне збагачення визнається злочинною поведінкою, а згідно рекомендацій GRECO [п.14 Greco RC-I/II (2009) 2E (додаток)[12] та п.57 Greco Eval III Rep (2011) 1E (P2) [13]] Україні необхідно чітко встановити, що випадки корупції, за загальним правилом, мають трактуватися як кримінальні правопорушення.

Таким чином, на сьогодні існує чотири варіанти вирішення питання з несприятливими правовими наслідками незаконного збагачення (у моделі ст.20 Конвенції) для чиновника: 1) не пов'язувати із незаконним збагаченням настання будь-яких юридичних наслідків і перенесення несприятливих заходів для відповідного суб'єкта в площину політичної відповідальності (такий підхід застосовується, зокрема, у Італії); 2) встановлення дисциплінарної відповідальності за незаконне збагачення; 3) запровадження інституту конфіскації «in rem» щодо коштів, легальність походження яких не можна пояснити; 4) криміналізація незаконного збагачення. Проведене дослідження дозволяє прийти до висновку про доцільність та необхідність в Україні конструювання комплексного масиву норм щодо протидії незаконному збагаченню, який би передбачав компоненти всіх перерахованих вище варіантів [криміналізація незаконного збагачення у значному розмірі, встановлення адміністративної відповідальності (відповідальності як за кримінальний проступок) за незаконне збагачення у незначному розмірі, а також паралельне застосування у всіх випадках дисциплінарних заходів (звільнення з посади) та конфіскації («in personam» чи «in rem») майнових активів, походження яких неможливо раціонально обґрунтувати (у тому числі без наявності акту про визнання особи винною у вчиненні корупційного правопорушення)].

Література: 1. Гізімчук С.В. Механізм забезпечення дії положень ст.11 Загальної Декларації прав людини при притягненні до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення (ст. 368 КК України) / С.В. Гізімчук // Питання боротьби зі злочинністю. – 2010. - Вип. 19. – С. 276-279; 2. Марьина Е.В. Коррупционные преступления: отраслевое и межотраслевое согласование норм : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Е.В. Марьина. – Самара, 2010. – 24 с.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1419548>; 3. Дудоров О. Незаконне збагачення : сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О. Дудоров, Т. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 3. – С.28-34; 4. Алексеев А. Презумпции против коррупции // Законность. – 2008. – № 4. – С. 2-8; 5. Михайлов В. Статья 20 Конвенции ООН против коррупции об ответственности за незаконное обогащение и возможные направления отражения ее идеи в правовой системе Российской Федерации / В. Михайлов // Уголовное право. – 2012. – № 2. – С. 113-119; 6. Регулирование института конфискации денежных средств и имущества, полученных преступным путем в законодательстве Великобритании, США, ФРГ, Австрии, Швейцарии, Нидерландов и Японии : Информационная справка : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://komitet7.km.duma.gov.ru/site.xp/050057056124051050049.html>; 7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції : Закон України від 12.02.2015 року № 198-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/198-19>; 8. О реализации рекомендации Группы государств против коррупции (ГРЕКО) по введению в уголовное законодательство Российской Федерации понятия конфискации «in rem» : Информационная справка : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://komitet7.km.duma.gov.ru/site.xp/050057056124051049057.html>; 9. Рекомендации круглого стола «О реализации рекомендации Группы государств против коррупции (ГРЕКО) по вопросу введения в уголовное законодательство Российской Федерации понятия конфискации «in rem» (г.

Москва, 1 июня 2010 г.) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://komitet7.km.duma.gov.ru/site.xp/052051124051051055.html>; 10. О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам : Федеральный закон от 3 декабря 2012 г. № 230-ФЗ : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://graph.document.kremlin.ru/page.aspx?1640888>; 11. Борков В.Н. Проблемы криминализации коррупционного обогащения в России / В.Н. Борков // Уголовное право. – 2007. – №2. – С. 27–31; 12. Greco RC-I/II (2009) 2E. Додаток до Звіту про виконання рекомендацій Україною (спільні перший та другий раунди оцінювання), прийнятий GRECO на 51-му пленарному засіданні (Страсбург, 23-27 травня 2011 року) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/anti_corruption_grecorep; 13. Greco Eval III Rep (2011) 1E (P2). Оціночний звіт по Україні [Інкримінації (ETS 173 і 191, GPC 2) (Тема I)], затверджений GRECO на 52-му Пленарному засіданні (Страсбург, 17-21 жовтня 2011 року) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: : http://www.minjust.gov.ua/anti_corruption_grecorep.