

РОЗВИТОК НОРМИ ПРО НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ В УМОВАХ ЗМІНИ ДЕРЖАВНОЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ

Михайленко Д.Г.

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
докторант кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент*

Розуміння суті та змісту норми про незаконне збагачення необхідно дослідити процес її виникнення та розвитку. Розуміючи важливість цілісного дослідження та відображення генезису зазначеного антикорупційного інструменту мета цієї роботи – розкрити процес змін ст.368-2 КК (незаконне збагачення), що відбувався після реалізації Україні права на повстання, що обґрунтовано вченими як конституційний еквівалент права на необхідну оборону, крайнього засобу (*ultima ratio*), до якого звертаються у разі неможливості ефективно захистити свої права за допомогою інших, правових механізмів, що реалізуються в умовах демократичного режиму (Погребняк С.П. Сопrotивление угнетению. Восстание. Революция / С.П. Погребняк, Е.А. Уварова // Право і громадянське суспільство. – 2013. – №2. – С.4-61). Дослідження процесу коригування статті про незаконне збагачення у означений період викриє ідеї, які вкладені законодавцем у цю норму при її оновленні в умовах чергового проголошення війни корупції, та її недоліки.

Так, 16.09.2014 року Президентом України був зареєстрований проект Закону України № 5085, який у первинному вигляді не містив положення про викладення ст.368-2 КК у новій редакції, яка діяла з 01.07.2011 року згідно із Законом України № 3207-VI від 07.04.2011 року. Проте у тексті цього законопроекту до 2-го читання (14.10.2014 року) така пропозиція вже була. У подальшому 14.10.2014 року цей проект було прийнято у другому читанні та в цілому (Закон України від 14.10.2014 року № 1698-VII) і ст.368-2 КК отримала нову редакцію, яка набула чинності з 26.01.2015 року. Так, із зазначеної дати незаконним збагаченням було визначено набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність майна, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел,

або передача нею такого майна близьким родичам. Тут варто зауважити, що така формула незаконного збагачення вже пропонувалася раніше у проектах Законів України № 4573 від 26.03.2014 року та № 4780 від 24.04.2014 року, які у свій час не набрали необхідної кількості голосів. У пояснювальних записках до наведених законопроектів, які у цій частині були ідентичними, зазначалося, що викладення ст.368-2 КК у новій редакції необхідне із метою приведення її у відповідність до ст.20 Конвенції ООН проти корупції (далі – Конвенція), а відповідальність за незаконне збагачення є одним з найбільш дієвих засобів протидії корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь і зосереджена на наявності надмірного майна публічного службовця, яке не можна пояснити законними джерелами отримання доходів. На думку авторів пропонованої редакції норми про незаконне збагачення, вона не передбачає перекладення тягаря доведення на обвинуваченого – орган державного обвинувачення повинен навести докази всіх елементів відповідного складу злочину, що споріднює обраний підхід із пропозицією В.М. Боркова і буде критично у подальших публікаціях.

Між тим, у час, коли норма про незаконне збагачення вже була викладена у новій редакції проте ще не набрала чинності, а саме 27.12.2014 року, був внесений законопроект № 1660, за яким пропонувалося викласти ст.368-2 КК вже у іншому вигляді. Так, незаконним збагачення пропонувалося вважати одержання особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність необґрунтованого майна, а так само передача нею такого майна близьким родичам, членам сім'ї чи пов'язаним особам, або сприяння в передачі вказаним особам такого майна за відсутності ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. При цьому під необґрунтованим майном розумілося майно, вартість якого перевищує 300 НМДГ, якщо законність джерела походження грошових коштів чи іншого майна для його придбання не підтверджена в установленому законом порядку.

У пояснювальній записці до означеного вище законопроекту вірно відмічалось, що в абсолютній більшості випадків джерелом раціонально

необґрунтованого збільшення майна посадовця державного органу чи державного підприємства може бути тільки торгівля його публічними повноваженнями/владою або привласнення державного майна. Тому встановлення факту надприбутків чиновника породжує великі сумніви в тому, що він не корумпований. Проте далі зазначалося, що беручи до уваги об'єктивні українські реалії (у тому числі отримання більшістю населення заробітної плати неофіційно «в конверті»), більшість громадян не зможуть підтвердити джерело походження навіть незначного по вартості майна. З цієї причини пропонується ввести кримінальну відповідальність за незаконне збагачення за придбання не будь-якого майна (купівля якого не може бути обґрунтована), а лише того майна, що за своєю вартістю явно значно виходить за рамки офіційних доходів особи. Між тим, таке пояснення жодним чином не обґрунтовує необхідності прийняття запропонованої редакції ст.368-2 КК. Крім того, те, що більшість населення, як зазначається у наведеній пояснювальній записці, отримує заробітну плату неофіційно, не стосується публічних службовців, оскільки вони отримують винагороду за свою працю виключно офіційно.

Судячи ж із законопроекту, під вартістю майна, яка свідчила про явний вихід за рамки офіційних доходів при незаконному збагаченні, розумілася так, що перевищувала 300 НМДГ. За встановленою ж на час внесення аналізованого законопроекту редакцією ст.368-2 КК кримінальна відповідальність за нею повинна була наступати у разі, якщо публічний службовець набув у власність майно, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел, тобто в два або більше рази перевищує розмір доходу, зазначеного в його декларації за відповідний період. У цьому полягала перша важлива відмінність запропонованої редакції ст.368-2 КК від встановленої. Друга ж відмінність могла більш суттєвою вплинути на дію норми про незаконне збагачення, оскільки була пов'язана із корегуванням порядку доказування ознак цього злочину. Так, якщо встановлена редакція ст.368-2 КК передбачала необхідність доведення того, що публічний службовець набув у власність майно, вартість якого значно перевищує його доходи, отримані із законних джерел, то у запропонованому розглядуванім законопроектом формулюванні цієї

статті закріплювалась необхідність встановити, що зазначений суб'єкт одержав у власність майно, вартість якого перевищує 300 НМДГ, якщо законність джерела його походження не підтверджена в установленому законом порядку (аналогічне формулювання пропонувалося законопроектом № 2112 від 11.09.2006 року).

Таким чином, у законопроекті пропонувалося спростити для сторони обвинувачення процес доказування ознак незаконного збагачення, оскільки у разі доведення суттєвого збільшення активів публічного службовця (на 300 і більше НМДГ) не потрібно було б доводити, що саме ці активи перевищили доходи із законних джерел, а таких джерел може бути велика кількість і вони можуть бути такими, що об'єктивно не піддаються встановленню засобами, доступними правоохоронним органам. Натомість, сторона обвинувачення після доведення такого суттєвого збільшення активів суб'єкта вказувала б, що законність джерела походження цих активів не підтверджена в установленому законом порядку (а для цього не потрібно проводити жодних дій, окрім звернення до декларації обвинуваченого службовця) і за таких обставин формується склад незаконного збагачення, який стає підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності. При цьому пропонована редакція ст.368-2 КК не містила вказівки на те, який суб'єкт повинен доводити законність чи незаконність джерел походження відповідних активів. Незважаючи на це та враховуючи викладене вище, саме у обвинуваченого виникне необхідність із своєї сторони підтверджувати законність походження коштів, на вартість яких збільшилися його майнові активи, що однозначно перерозподіляє тягар доказування і покладає на обвинуваченого обов'язок доказувати фактично свою невинуватість, під страхом настання несприятливих наслідків у вигляді визнання його винним у вчиненні незаконного збагачення. У зв'язку із цим, очевидно, що пропоноване законопроектом від 27.12.2014 року формулювання ст.368-2 КК фактично обмежує дію принципу презумпції невинуватості. При цьому будь-яким законом таке обмеження не пропонувалося передбачити і воно фактично вуалювалося під конструкцією ч.1 ст.368-2 КК.

Разом із тим, 09.01.2015 року був внесений законопроект № 1660-1, у якому була запропонована ще одна нова редакція статті про незаконне збагачення, яка ще навіть не набула чинності. Так, незаконним збагачення пропонувалося вважати набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, її близькою особою у власність активів у значному розмірі (300 і більше НМДГ), законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі. При цьому пояснювальна записка до цього законопроекту не містила будь-якого обґрунтування щодо наведеної зміни. Зазначене формулювання складу незаконного збагачення на перший погляд суттєво не відрізняється від того, що пропонувалося законопроектом від 27.12.2015 року, а є лише більш лаконічним. Проте важливою зміною є те, що злочином пропонувалося вважати незаконне збагачення не тільки публічного службовця, а й його близьких осіб. Така пропозиція є важливим елементом норми про незаконне збагачення, яка натикається на додаткові перешкоди у правовій системі України, що буде детально розглянуто у подальшому. Крім того, у процесі роботи на цим законопроектом експертами Верховної Ради України було звернуто увагу на порушення пропонованою ст.368-2 КК презумпції невинуватості.

Також звертає на себе увагу, що якщо за законопроектом від 27.12.2014 року у ст.368-2 КК необґрунтованим майном пропонувалося вважати такі активи, законність джерела походження яких *не підтверджена в установленому законом порядку*, то за законопроектом від 09.01.2015 року йдеться вже про активи, законність підстав набуття яких *не підтверджено доказами*. Таким чином, сторона захисту вимушена підтверджувати законність набуття активів шляхом надання фактичних даних, які отримані виключно у передбаченому КПК України порядку, інакше такі доводи не будуть доказами. За таких умов обвинувачений ставиться у значно жорсткіші рамки ніж це передбачається у ст.20 Конвенції, за якою достатнім є раціонально обґрунтувати суттєве збільшення активів без обов'язкового підтвердження цього доказами. Положення законопроекту від 09.01.2015 року, як зазначається

у його картці, враховані Комітетом з питань запобігання і протидії корупції Верховної Ради України.

У подальшому 30.01.2015 року з'являється законопроект № 1660-д, за яким також пропонується викласти норму про незаконне збагачення у новій редакції, яка повністю співпадала із редакцією цієї норми за законопроектом від 09.01.2015 року. Після проведення роботи над цим законопроектом у Комітеті з питань запобігання і протидії корупції до другого читання була винесена така редакція ч.1 ст.368-2 КК: «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 – караються...». Таким чином була врахована пропозиція народного депутата Т.М. Чорновол про виключення із кола суб'єктів, значне та необґрунтоване збільшення активів яких становить склад незаконного збагачення, близьких осіб публічного службовця, що значно обмежило дію цього антикорупційного інструменту. Крім того, вже у залі для голосування була підтримана поправка цього ж народного депутата про збільшення суми, яка утворює значний розмір активів, з 300 НМДГ до 1000 НМДГ, що ще більше обмежило дію ст.368-2 КК. Саме у зазначеному вище вигляді була викладена редакція ч.1 ст.368-2 КК згідно із Законом України № 198-VIII від 12.02.2015 року, який набирав у цій частині чинності з 05.03.2015 року.

Отже, чинна редакція норми про незаконне збагачення зберегла основні недоліки, які були притаманні пропонованим у законопроектах від 27.12.2015 року, від 09.01.2015 року та від 30.01.2015 року варіантам ст.368-2 КК, а саме: 1) фактичне запровадження складом цього злочину обмеження дії принципу презумпції невинуватості без прямої нормативної регламентації цього як у КК, так і в інших Законах України; 2) виключення із суб'єктів, значне необґрунтоване збільшення активів яких утворюватиме склад незаконного збагачення, близьких осіб публічного службовця; 3) встановлення необхідності для обвинуваченого підтверджувати законність набуття своїх активів виключно доказами, що ставить його у значно жорсткіші рамки ніж це передбачається у

ст.20 Конвенції, за якою достатнім є раціонально обґрунтувати суттєве збільшення активів без обов'язкового підтвердження цього доказами.

Узагальнюючи наведене вище у частині розвитку законодавства щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення можна виділити проміжки часу, у яких діяли різні редакції цієї норми. Так, з 01.01.2011 року по 05.01.2011 року діяла ст.368-1 КК, яка була введена до Кримінального закону згідно із Законом України № 1508-VI від 11.06.2009 року, а з 01.07.2011 року по 25.01.2015 року діяла ст.368-2 КК, яка була запроваджена згідно із Законом України № 3207-VI від 07.04.2011 року. У зазначені періоди норма про незаконне збагачення мала тільки однакову назву із ст.20 Конвенції і жодним чином не відтворювала суть цього антикорупційного інструменту. Така ситуація виникла у зв'язку із тим, що опрацювання Верховною Радою України первинно запропонованого варіанту статті про незаконне збагачення у результаті привело до такої редакції норми КК (ст.368-2 КК), яка розмила саму суть цього злочину і запровадила не планований законодавцем спосіб її застосування, як елемента основного рубежу кримінально-правової протидії корупційним злочинам, чим спричинило правову невизначеність у цій сфері. Означений висновок зумовлює необхідність структуризації дослідження норми про незаконне збагачення, яка діяла у зазначену періоди часу, на два відносно відокремлені напрями: перший – вивчення ст.368-2 КК з врахуванням цілі її створення і у зв'язку із ст.20 Конвенції (тут незаконне збагачення оцінюється як елемент завершального рубежу кримінально-правової протидії корупції); другий – аналіз ст.368-2 КК з врахуванням реальної практики її застосування як випадково виділеного суміжного корупційного злочину (тут незаконне збагачення оцінюється як елемент основного рубежу зазначеної вище протидії). Крім того, за означені періоди дії норми про незаконне збагачення була накопичена достатня кількість судових рішень, які незважаючи на втрату чинності редакції ст.ст.368-1, 368-2 КК продовжують впливати на кримінально-правовий механізм протидії корупційним злочинам, а тому потребують дослідження.

З 26.01.2015 року по 04.03.2015 року діяла ст.368-2 КК у редакції Закону України № 1698-VII від 14.10.2014 року. У цей період норма КК про незаконне збагачення не містила положень, які б прямо чи опосередковано перекладали тягар доказування законності суттєвого збільшення активів на сторону захисту і передбачала необхідність для встановлення ознак складу цього злочину доведення стороною обвинувачення того, що вартість набутого публічним службовцем у власність майна значно перевищує його доходи, отримані із законних джерел.

З 05.03.2015 року і по сьогодні діє ст.368-2 КК у редакції Закону України № 198-VIII від 12.02.2015 року, яка вуалює під конструкцією складу незаконного збагачення фактичне обмеження дії принципу презумпції невинуватості.