

ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ

THE OBJECTIVE SIDE OF ILLICIT ENRICHMENT

Панаїд І.В., аспірант кафедри кримінально-правової політики

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Криміналізація незаконного збагачення запроваджена в Україні з 2011 року для забезпечення виконання державою міжнародних зобов'язань по боротьбі з корупцією. Багаточисельні зміни попередньої норми та ухвалення нової після визнання неконституційною статті 368-2 Кримінального кодексу України є свідченням неоднозначності сприйняття та тривалого пошуку оптимальної моделі існування такої кримінально-правової заборони у вітчизняному законодавстві. Чи змінила нова норма суть незаконного збагачення та його оцінку як вітчизняною наукою, так і практикою застосування кримінального закону? Відповідь на вказане питання неможлива без аналізу складу кримінального правопорушення за статтею 368-5 КК України, зокрема, такого елемента складу цього злочину як об'єктивна сторона. Це також є необхідною передумовою для забезпечення правильного застосування даної кримінально-правової заборони.

В публікації автором досліджені підходи до суті незаконного збагачення та бачення ефективності норми про незаконне збагачення як елемента завершального рубежу кримінально-правової протидії (боротьби) з корупцією, що узгоджується з положеннями ст.20 Конвенції ООН проти корупції.

Також проаналізовані форми об'єктивної сторони складу незаконне збагачення і проведено їх класифікацію за суб'єктом – набувачем активу залежно від його оформлення на реального чи номінального власника відповідного майна.

На підставі практики Вищого антикорупційного та Верховного судів запропоновано критерії, що мають оцінюватись для встановлення фактичної належності активу особі, яка виконує функції представника влади чи місцевого самоврядування, у разі його оформлення на особу, яка лише формально є власником майна.

На основі аналізу Примітки до статті 368-5 КК України обґрунтовано пропозиції щодо внесення змін до її змісту для виключення положень, які дозволяють штучно уникати криміналізації діяння і переводити кримінальне провадження в цивільно-правову площину.

Ключові слова: незаконне збагачення, склад кримінального правопорушення, форми об'єктивної сторони, особа, уповноважена на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, номінальний власник майна, співучасть, повторність, продовжуване кримінальне правопорушення.

The criminalization of illicit enrichment was introduced in Ukraine in 2011 to ensure the state's compliance with international obligations in combating corruption. Numerous changes to the previous norm and the adoption of a new one after the recognition of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine as unconstitutional indicate the ambiguity in perception and the prolonged search for the optimal model of existence of such criminal legal prohibition in domestic legislation. Has the new norm changed the essence of illicit enrichment and its assessment both by domestic science and the practice of applying criminal law? The answer to this question is impossible without analyzing the composition of the criminal offense under Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine, specifically the objective side. This is also a necessary prerequisite for ensuring the correct application of this criminal legal prohibition.

The publication explores the author's approaches to the essence of illicit enrichment and the perception of the effectiveness of the norm on illicit enrichment as an element of the final frontier of the criminal legal resistance (fight) against corruption, which aligns with the provisions of Article 20 of the UN Convention against Corruption.

The forms of the objective side of the composition of illicit enrichment are also analyzed, and their classification is conducted based on the subject – the acquirer of assets depending on whether they are registered to the real or nominal owner of the respective property.

Based on the practices of the High Anti-Corruption Court and the Supreme Court, criteria are proposed for assessing the establishment of the actual ownership of assets by a person holding functions of authority or local self-government, in case the assets are formally owned by another individual.

Proposals for amending the content of Note to Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine are substantiated based on the analysis to exclude provisions that allow artificially avoiding the criminalization of actions and transferring criminal proceedings into the civil law domain.

Key words: illicit enrichment, composition of a criminal offense, forms of the objective side, person authorized to perform functions of the state or local self-government, nominal property owner, complicity, recurrence, continued criminal offense.

Постановка проблеми. Визнання неконституційною ст. 368-2 КК України викликало необхідність пошуку нової моделі такої кримінально-правової заборони. Вона запроваджена законодавцем шляхом доповнення Кримінального кодексу України статтею 368-5, особливості об'єктивної сторони складу якої потребують детального аналізу для забезпечення належного правозастосування.

Стан дослідження. Дослідженням кримінально-правових проблем незаконного збагачення займались такі вчені як О. О. Дудоров, Л. П. Брич, В. М. Киричко, О. О. Книженко, М. В. Кочеров, В. Н. Кубальський, М. І. Мельник, Д. Г. Михайленко, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк та інші. Проте, дослідження окремих аспектів норми про незаконне збагачення не є достатнім для визначення її правової природи та розуміння призначення, у тому числі відокремлення від суміжних злочинів в правозастосуванні. Отже, комплексне дослідження складу даного кримінального правопорушення є передумовою належного застосування норми кримінального закону про незаконне збагачення в діяльності правоохоронних та судових органів.

Метою статті є дослідження об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України.

Виклад основних положень. Кримінальне правопорушення, як і будь-який акт вольової поведінки людини, являє собою «єдність його зовнішніх (об'єктивних) і внутрішніх (суб'єктивних) ознак. Зовнішня сторона кримінального правопорушення утворює його об'єктивну сторону (actus reus), а внутрішня – суб'єктивну (mens rea)», «що становлять у реальній дійсності єдиний і неподільний акт кримінальної протиправної поведінки» [1, с. 120]. Разом з цим, для правильного їх розуміння в науці кримінального права вони розглядаються окремо.

Об'єктивною стороною складу кримінального правопорушення у теорії кримінального права вважається «сукупність передбачених законом про кримінальну відповідальність ознак, що характеризують зовнішній прояв суспільно небезпечного діяння, яке посягає на об'єкти кримінально-правової охорони, а також об'єктивні умови цього посягання» [2, с. 101]. Виступаючи зовнішнім проявом суспільно небезпечного діяння, об'єктивна сторона визначає, «у чому полягає кримінальне правопорушення

та які наслідки воно спричиняє, за яких умов місця, часу та обставини це кримінальне правопорушення має місце, в який спосіб і за допомогою яких засобів чи знарядь воно вчиняється» [3, с. 163]. Виділяють обов'язкові та факультативні ознаки об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення. Обов'язкові ознаки мають імперативний характер, їх відсутність означає відсутність складу кримінального правопорушення. Факультативні ж носять необов'язковий характер, але вказівка на них в диспозиції певної норми кримінального закону означає їх обов'язковість саме для даного складу кримінального правопорушення. Отже, ознаки об'єктивної сторони кримінального правопорушення містяться у диспозиції відповідної норми, де відображені «узагальнені, типові та найбільш характерні ознаки певного виду суспільно небезпечного явища, що визнається кримінальним законом злочином» [4, с. 255].

Об'єктивна сторона є одним із чотирьох обов'язкових елементів «складу злочину» – одного з основоположних і ключових понять в доктрині кримінального права, що, за висновком професора Панова М. І., за своєю сутністю виконує функції наукової категорії, яка має особливе (фундаментальне) значення для теорії і практики кримінального права [5, с. 635]. Тому дослідження об'єктивної сторони складу незаконного збагачення відіграє провідну роль у забезпеченні належного правозастосування відповідної норми кримінального закону.

В статті 368-5 КК України сформульовано кримінально-правову заборону незаконного збагачення – 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 [6].

Вказана норма не містить визначення терміну «набуття» як кримінально-правового поняття. При цьому згідно п.2 Примітки до вказаної статті, під набуттям активів розуміється їх набуття у власність як безпосередньо особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, так і за її дорученням іншою фізичною чи юридичною особою, або можливість для особи, уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Згідно Великого тлумачного словника сучасної української мови «набуття» це дія, яка означає набути, набувати – ставати власником кого-, чого-небудь, доставати, здобувати кого-, що-небудь, купувати, збирати [7]. Оскільки дія – це діяння, що не узгоджується з нормою права, котра забороняє діяти у визначений спосіб, а бездіяльність – це діяння, яке суперечить нормі, котра містить припис діяти певним чином, незаконне збагачення може виражатись лише у формі дії [8, с. 823]. Таким чином, особі, уповноваженій на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, забороняється набувати активи, вартість яких перевищує її законні доходи, а перевищення порогової межі такої вартості тягне кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Відповідно до п. 4 Примітки до ст. 368-5 КК України перелік джерел законних доходів не є виключним і, відповідно, не обмежується лише визначеними пунктами 7, 8 частини першої статті 46 Закону України «Про запобігання корупції» [9]. При цьому, як відомо, джерела та розмір доходу підлягають відображенню в щорічній декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, що і є однією з умов ефективного контролю дотримання кримінально-правової заборони, визначеної в ст. 368-5 КК України.

Хоча термін «набуття», «набути» більш характерний для галузі цивільного права, але і для цілей кримінального

його суть залишається незмінною і означає «...здійснення оплатних чи безоплатних дій (купівля, одержання в дарунок, в обмін, у рахунок боргу, у порядку відшкодування збитків тощо), які забезпечують можливість розпоряджатися відповідним майном як своїм власним, тобто володіти ним, відчужувати або особисто використовувати його [10, с. 567]. При цьому, якщо в цивільному праві законність набуття майна презюмується, то в кримінальному праві – це предмет перевірки дотримання визначної в законі заборони. Її порушення шляхом набуття активів, що перевищують законні доходи особи відповідно до відображених в щорічній декларації відомостей може свідчити про наявність в діях такої особи обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу незаконного збагачення. За такого підходу останнє слід розглядати як кримінальне правопорушення з формальним складом, коли його об'єктивна сторона характеризується умисним і незаконним на момент вчинення діянням у формі набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування активів, вартість яких у визначеному законом розмірі перевищує її законні доходи. Саме з моменту набуття відповідного активу злочин є закінченим, інші ж ознаки об'єктивної сторони є факультативними і на кримінально-правову кваліфікацію діяння не впливають.

Однак, більш прагматичним для результатів правозастосування вбачається інший підхід до розуміння незаконного збагачення, наближений до змісту ст. 20 Конвенції ООН проти корупції [11]. Так, володіння значними майновими активами, які службовець не може пояснити, за висновком Д. Г. Михайленка, може становити суспільну небезпеку лише у поєднанні з презюмуванням раніше вчинених службовцем корупційних діянь, завдяки яким і були накопичені такі активи, але які залишилися латентними [12, с. 246]. Заперечуючи належність незаконного збагачення до злочинів з формальним складом, учений вважає такий склад новим для теорії кримінального права і пропонує назвати його результативним, як такий, що пов'язаний з необхідністю встановити результати злочинної діяльності – наявність суттєвого необґрунтованого збільшення активів службової особи. Установлення такого результату включає презумпцію злочинного (корупційного) походження таких активів, яку можна спростувати шляхом «надання доказів законності походження активів» або раціонального обґрунтування такого збільшення, що узгоджується зі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції [12, с. 255–256]. Пропонуючи та відстоюючи концепцію багаторубіжного механізму правової протидії (боротьби) з корупцією Д. Г. Михайленко акцентує увагу на створенні взаємодоповнюючої системи, основу якої мають становити правові норми адміністративного та кримінального права. Такі норми утворюють попередній, основний та завершальний рубежі кримінально-правової протидії корупції. При цьому незаконне збагачення вчений розглядає як наріжний елемент завершального рубежу такого механізму, котрий вступає в дію за умови, що «вчинені в минулому акти корупції (корупційні правопорушення основного рубежу)» [12, с. 232–234] залишилися латентними.

Можливість ефективного використання незаконного збагачення як норми завершального рубежу боротьби з корупцією відстоював не лише Д. Г. Михайленко. Таку можливість не виключають й інші вчені. Так, О. О. Дудоров, погоджуючись з думкою Д. Г. Михайленка щодо ролі норми про незаконне збагачення як елемента завершального рубежу, основну ідею виокремлення (самостійного існування) даної кримінально-правової заборони вбачає «в переорієнтації правоохоронних органів з доказування вчинення конкретного корупційного діяння на виявлення і фіксацію факту незаконного збагачення». Більш того, на його думку, «законодавчий зворот «набуття особою ... у власність активів» не перешкоджає оцінці випадків так

званого самозбагачення як злочину – незаконного збагачення» [13, с. 133, 136]. На думку В. І. Осадчого, якщо встановлено, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування незаконно набула активи в значному розмірі, і не має даних про те, що вона вчинила конкретний злочин (корупційний, проти власності тощо), то в діях цієї особи вбачається склад злочину «незаконне збагачення». Доказувати за таких обставин слід лише невідповідність набутих особою активів тим офіційним доходам, які особа отримувала [14, с. 69].

О. І. Гузуватий набуття у власність активів як форму прояву незаконного збагачення розглядає і як дію, і як результат цієї дії. В останньому випадку набути у власність активи можуть бути наслідком іншої злочинної діяльності суб'єкта злочину і не можуть бути пов'язані з наданням цих активів будь-якою особою. При цьому не має значення, були набути у власність активи одноразово чи накопичені [15, с. 132]. Наведені вище погляди вчених на розуміння незаконного збагачення, незважаючи на відому проблематику даної норми в контексті усталеної у вітчизняній доктрині кримінального права теорії складу злочину, переконливо доводять необхідність зміщення акценту діяльності правоохоронних та судових органів саме на використанні її як елемента завершального рубежу боротьби з корупційними правопорушеннями. Іншого шляху реалізації потенціалу даної кримінально-правової заборони не вбачається, а отже викладену вище позицію вчених необхідно підтримати і з нею погодитися.

Як свідчить зміст ст. 368-5 КК України, законодавцем акцентовано на набутті предмета злочину у власність чи можливості вчинення щодо нього дій, тотожних праву розпорядження майном. В ст. 328 ЦК України передбачено, що право власності набувається на підставах, які не заборонені законом, зокрема із правочинів. Згідно зі ст. 334 ЦК України право власності виникає з моменту передавання майна, тобто вручення його особі або ж нотаріального посвідчення договору чи набрання законної сили рішенням суду про визнання такого договору дійсним. Виникнення прав на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, пов'язується з державною реєстрацією таких прав відповідно до закону [16].

Отже, набуття майна у власність обумовлено певними юридичними фактами, наявність яких свідчить про виникнення, зміну чи припинення цивільних правовідносин. При цьому виникнення прав на майно ґрунтується на правомірних, тобто таких, що відповідають приписам правових норм, діях. Натомість, незаконне збагачення пов'язано з кримінально-протиправними діями особи щодо набуття активу. Тому варто погодитися з О. П. Денегою, який зазначає, що із зовнішнього боку спостерігається належність майна суб'єкту незаконного збагачення, однак насправді (змістовно) законні підстави для здійснення оформлення права власності відсутні, що і підлягає встановленню в результаті кримінально-процесуальних дій [17, с. 113].

Поряд з набуттям активів безпосередньо спеціальним суб'єктом у власність, законодавець виділив їх набуття у власність іншою фізичною чи юридичною особою, але за дорученням особи уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

Відповідно до ст. 1000 ЦК України, за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Правочин, вчинений повіреним, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки довірителя.

Таким чином, буквальне тлумачення вищевказаної статті Цивільного кодексу вказує на відсутність підстав ототожнення доручення в цивільно-правовому розумінні і в нормі про незаконне збагачення. Останнє необхідно сприймати як вказівку на набуття і, за необхідності, оформлення активу іншою фізичною чи юридичною особою на власне ім'я, але саме в інтересах спеціального

суб'єкта. Інакше, тобто діючи на підставі доручення, інша особа (повірений), вчиняючи юридично значимі дії в інтересах спеціального суб'єкта (довірителя), забезпечує набуття відповідного активу безпосередньо останнім. Звісно це не виключено, але у такому разі не йдеться про оформлення майна на особу, відмінну від спеціального суб'єкта. Зазначений висновок дозволяє орієнтовно окреслити осіб, на яких можуть бути оформлені активи, що фактично належать особі, уповноваженій на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. Як правило, це особи, пов'язані зі спеціальним суб'єктом родинними (сімейними), дружніми чи службовими відносинами.

Як форму об'єктивної сторони складу незаконного збагачення законодавець виділив також і можливість для особи, уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, прямо чи опосередковано вчиняти щодо набутих третьою особою активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними. Відмінність від попередньої форми полягає у відсутності посилання на доручення спеціального суб'єкта третій особі набути відповідний актив. У цьому разі особа, уповноважена на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування отримує можливість здійснювати реальний вплив на уже наявні на момент виникнення такої можливості активи фізичної або юридичної особи (третьої особи), прямо чи опосередковано реалізуючи щодо них повноваження, тотожні здійсненню права розпорядження такими активами. Тому ця форма незаконного збагачення передбачає не набуття активу як такого, а набуття реальної можливості здійснювати правомочності щодо нього, визначаючи юридичну долю відповідного активу, серед іншого, як безпосередньо використовувати такий актив у власних інтересах чи інтересах близьких до спеціального суб'єкта осіб, так і надавати вказівки власнику на його передачу в користування чи відчуження іншій особі, але теж в інтересах спеціального суб'єкта. Отже, на відміну від попередньої форми незаконного збагачення, коли набуття активів, як правило, здійснюється на близьких до спеціального суб'єкта осіб, в цьому разі йдеться про виникнення певних «зобов'язань» перед особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, наслідком виконання яких і є отримання останньою можливості здійснювати функції тотожні праву розпорядження належним третій особі активом. Слід зазначити, що на практиці друга і третя форми об'єктивної сторони можуть і поєднуватися, адже набуття активу номінальним власником за дорученням спеціального суб'єкта передбачає подальше здійснення останнім повноважень, тотожних здійсненню права розпорядження відповідним майном особою, яка є його реальним власником. Також закон передбачає пряму чи опосередковану можливість для спеціального суб'єкта вчинення щодо активу дій, тотожних за змістом здійсненню права розпорядження ним. Це пов'язано з різноманітністю можливого впливу реального власника на відповідний актив залежно від способу спілкування з номінальним власником майна (безпосередньо або через третіх осіб), особу, на яку відповідний актив оформлено (фізична чи юридична особа, повноваження якої щодо активу вирішуються її органами управління) тощо.

Набуття спеціальним суб'єктом активів на власне ім'я не породжує сумнівів у виникненні правомочностей власника щодо них, а отже у наявності підстав для висновку про об'єктивну сторону складу незаконного збагачення за наявності визначених в законі умов щодо вартості таких активів та законних доходів особи. Значно складніше обґрунтувати такий висновок у разі, коли відповідні активи оформлені на інших осіб, особливо, якщо вони не є близькими до особи, уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. Виокремлення форм об'єктивної сторони незаконного збагачення, які

не передбачають безпосереднього оформлення активів на спеціального суб'єкта, свідчить про розуміння законодавцем шляхів уникнення заходів кримінально-правового реагування держави на таке кримінальне правопорушення. Боротьба з ним можлива за умови напрацювання критеріїв, що можуть вказувати на зв'язок спеціального суб'єкта з відповідним активом і, ключове, переконати суд в об'єктивній наявності такого зв'язку для обґрунтованого висновку про винуватість особи у незаконному збагаченні. Очевидно, що такий висновок має ґрунтуватись на сукупності відомостей, отриманих за певний проміжок часу, бажано, з початкового моменту виникнення підстав пов'язувати певний актив зі спеціальним суб'єктом. До уваги слід приймати можливу участь спеціального суб'єкта у виборі відповідного активу або пошуку осіб, які на професійній основі здійснюють його підбір і пропонують на розгляд спеціального суб'єкта варіанти активу, роль саме спеціального суб'єкта в остаточному виборі того з них, що має бути набути іншою особою за дорученням (вказівкою) і в інтересах особи, уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. Важливою також є й оцінка взаємозв'язку реального власника та номінального набувача. Останній, як правило, може бути пов'язаний зі спеціальним суб'єктом родинними, дружніми, службовими відносинами. Доречною є й оцінка фінансового стану набувача, його потреб в такому активі та спроможності не лише набути майно, а й самостійно нести витрати з його утримання. Також не повинне залишатись без уваги й істотне разове або періодичне поліпшення майнового стану номінального власника без обґрунтованих і законних для того підстав. Не виключено, що джерелом такого поліпшення може бути реальний власник майна. Крім того, відносини між реальним та номінальним власниками можуть підтверджуватись безпосереднім чи опосередкованим регулярним спілкуванням, у тому числі за допомогою технічних засобів. Таке спілкування щодо активу може відбуватись як відкрито, так і в завуальованій формі та має оцінюватись в контексті звичайного для цих осіб кола оточення. Відносини можуть носити і документальний характер, опосередковуватись певними дорученнями, довіреностями чи іншими чином, наприклад заставою майна номінального власника, вартість якого співставна чи перевищує вартість активу, тощо. Такі відносини можуть бути й більш складними, неочевидними (фінансові, моральні зобов'язання, страх, фізичне утримання (незаконне позбавлення волі) і т.і.), але в будь-якому разі вони мають існувати і забезпечувати реальний вплив спеціального суб'єкта на номінального власника майна для здійснення контролю над активом. Утримання правостановлюючих документів на актив, а поряд з ними документів, що посвідчують особу номінального власника (серед іншого, паспорту, ідентифікаційного коду, трудової книжки, правостановлюючих документів на майно як номінального власника так і близьких до нього осіб) безпосередньо спеціальним суб'єктом не є ключовою ознакою (адже номінальний власник не позбавлений можливості отримати їх дублікат), але має враховуватись в сукупності з іншими критеріями можливої пов'язаності активу з особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. У такому разі неодмінно поставатиме питання про співучасть третьої особи – номінального власника майна у незаконному збагаченні спец- суб'єкта і можливій ролі співучасника. Відповідно до ч. 5 ст. 27 КК України пособником є особа, яка, серед іншого, порадами, вказівками, усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення, а також особа, яка заздалегідь обіцяла будь-яким чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення. З огляду на це добровільне набуття за дорученням і в інтересах спеціального суб'єкта активу з усвідомленням його невідповідності легальним доходам

останнього, а також добровільне і усвідомлене забезпечення третьою особою (номінальним власником) можливості спецсуб'єкту реалізовувати повноваження власника такого активу відповідає визначенням в законі умовам співучасті у злочині, а отже не виключена можливість кваліфікації дій такої особи як співучасника за ч. 5 ст. 27, ст. 368-5 КК України. В залежності від встановлених фактичних обставин є й можливість кваліфікації дій третьої особи як підбурювача на вчинення такого кримінального правопорушення (ч. 4 ст. 27 КК України). Однак, вказані питання співучасті мають оцінюватись в контексті підстав, що включають кримінальну протиправність діяння, зокрема крайню необхідність, фізичний або психічний примус та інші, визначені законом обставини. При цьому особа, уповноважена на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, тобто реальний власник активу в більшості випадків буде виконавцем, а за наявності умов й організатором такого (таких) злочинів.

Набуття активу завжди переслідує певну мету, пов'язану з його утриманням реальним власником, можливість останньому чи близьким йому особам споживати корисні властивості активу чи використовувати його якісні характеристики для задоволення власних потреб та інтересів або набуття більшого активу за рахунок реалізації попереднього. Саме в такому контексті вбачається доцільним здійснювати обґрунтування критеріїв реалізації спеціальним суб'єктом повноважень власника. Очевидно, що останній має заінтересованість в активі, яка проявляється у використанні, користуванні (як постійному так і строковому, але систематичному, регулярному) активом для потреб безпосередньо реального власника чи близьких до нього осіб, здійсненні витрат з його утримання, покращення його стану, підлаштування активу для потреб конкретного суб'єкта, визначення осіб, яким такий актив може бути переданий у користування, отримання доходів від його можливого використання, визначення його юридичної долі, у тому числі продажу, обміну на інший актив, знищенню за наявності ризику бути викритим у злочині. Вчинення більшості з таких правомочностей неможливо без участі номінального власника, а отже він завжди буде «поруч» з активом, виступаючи так би мовити «німим інструментом» реалізації волі реального власника, в інтересах чи на користь якого й буде відбуватись використання чи реалізація активу. Причини такої реалізації та їх співвідношення з інтересами і потребами як реального, так і номінального власника також мають бути предметом прискіпливого аналізу, як і відомості про долю нового активу, набутого замість попереднього. Певні з наведених вище обставин були перевірені практикою застосування як критерії на підтвердження зв'язку реального власника з активом і враховані ВАКС у справах, що стосувались цивільної конфіскації необґрунтованих активів, предмет доказування в яких відповідає змісту диспозиції ст. 368-5 КК України. Зокрема, це рішення ВАКС у справах від 13.07.22 № 991/366/22 та від 18.10.22 № 991/2396/22, постанови АП ВАКС у вказаній справі від 10.05.23, ККС ВС від 04.10.23, в якій Верховний Суд фактично погодився з напрацьованими ВАКС критеріями здійснення особою дій, тотожних за змістом праву розпорядження на підставі фактичних обставин, наведених судами попередніх інстанцій [18–21]. У постанові Апеляційної палати ВАКС від 03.02.2023 у справі № 991/6606/22 з метою охоплення майна, яке формально не належить суб'єкту, але він фактично контролює його, визначає його долю, тобто розпоряджається ним, сформульовано такий критерій як можливість визначати види господарської діяльності, керівництво підприємства, асортимент продукції, що ним випускається, його цінову політику, коло контрагентів, приймати рішення про реорганізацію, ліквідацію підприємства, якщо таким активом є корпоративні права або підприємство як цілісний майновий комплекс тощо [22].

Отже, судова практика (хоча і не в кримінальних провадженнях) поступово напрацьовує обставини, які мають бути встановлені для доведення фактичної належності майна особі, яке юридично на її ім'я не оформлено. Наразі ст. 368-5, згідно ст. 12 КК України, зарахована до категорії тяжких злочинів, що вказує на наявність у розпорядженні правоохоронних органів широкого інструментарію слідчих (розшукових) дій, у тому числі й негласних слідчих дій, для встановлення реального власника активу і доведення наявності зв'язку такого активу з особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, а отже очевидними є перспективи перевірки кримінально-правовими засобами наявності в діяннях осіб складу, а відповідно й об'єктивної сторони, кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України.

В контексті викладених вимог до розміру активу, який обумовлює криміналізацію незаконного збагачення, привертає увагу п. 5 Примітки до цієї статті, за змістом якого при визначенні різниці між вартістю набутих активів та законними доходами особи не враховуються активи, які є предметом провадження у справах про визнання активів необґрунтованими та їх стягнення в дохід держави, а також активи, стягнуті в дохід держави в рамках такого провадження.

Вбачається, що криміналізація діяння не може залежати від цивільного провадження щодо стягнення необґрунтованих активів, адже відповідні правові інститути хоча і є взаємодоповнюючими елементами завершального рубежу боротьби з корупційними правопорушеннями, але залежно від наявності суспільної небезпеки вчиненого, виконують різні функції. Отже, фактично положення п. 5 Примітки дозволяють штучно уникати кримінальної відповідальності за рахунок відповідного цивільного провадження щодо конфіскації необґрунтованих активів, що може звести нанівець роль відповідної кримінально-правової заборони всупереч прийнятим Україною міжнародним зобов'язанням за ст. 20 Конвенції ООН проти корупції саме щодо запровадження кримінально-караної оцінки такого діяння. З огляду на це очевидно, що кримінальний закон не повинен передбачати механізму штучного «переведення» кримінального провадження в цивільно-правову площину, що вихолощує його суть і виключає досягнення завдань такого провадження. Тому вбачається, що п. 5 Примітки має бути виключений зі ст. 368-5 КК України, а наявність провадження щодо цивільної конфіскації активів не може впливати на криміналізацію незаконного збагачення, тобто в різницю між вартістю набутих активів та законними доходами особи навпаки мають враховуватися у тому числі й активи, які є предметом провадження у справах про визнання активів необґрунтованими та їх стягнення в дохід держави, а також активи, стягнуті в дохід держави в рамках відповідного цивільного провадження. Слід зазначити, що недостатність зібраних під час досудового розслідування доказів для доведення поза розумним сумнівом винуватості особи у незаконному збагаченні і закриття у зв'язку з цим прокурором під час досудового розслідування чи судом під час розгляду справи по суті кримінального провадження не виключає обов'язку прокурора в межах наданих йому повноважень звернутись до суду з цивільним позовом щодо конфіскації необґрунтованих активів. Це не суперечить ст. 61 Конституції України щодо неможливості двічі притягнути особу до відповідальності за одне правопорушення, адже йдеться про різні види відповідальності [23]. При цьому зрозуміло, що стягнуті в межах кримінального провадження активи не можуть враховуватись при виникненні питання про можливу повторність кримінальних правопорушень за ст. 368-5 КК України, адже це дійсно суперечить згаданому вище конституційному принципу. Нерозривно з цим пов'язано й питання чи є таке кримінальне право-

порушення продовжуваним злочином, тобто чи об'єднані діяння з набуття майна єдиним кримінально протиправним наміром. Залежно від виявлених фактичних обставин, що свідчать про можливість зарахування кримінального правопорушення до основного чи завершального рубежу боротьби з корупційними правопорушеннями, його можливо розглядати і як закінчений на етапі діяння – набуття майна злочин і як продовжений, коли розмір предмета такого злочину буде визначатись загальною вартістю активів, що не відповідають легальним доходам особи. Важливим у цьому є відокремлення можливих доходів від таких активів і предмета незаконного збагачення. Такі доходи, як ті, що отримані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна підлягають спеціальній конфіскації на підставі п. 1 ч. 1 ст. 96-2 КК України, але вони не повинні враховуватись при визначенні активу як предмета незаконного збагачення, адже відомо їх джерело – незаконний актив.

Висновки. 1. Неоднозначність сприйняття в Україні норми про незаконне збагачення пояснюється традиційним поглядом на склад кримінального правопорушення, що включає об'єктивні та суб'єктивні ознаки. Оцінка незаконного збагачення за ст. 368-5 КК України як результату протиправної і кримінально караної поведінки відповідає змісту ст. 20 Конвенції ООН проти корупції та прийнятим на себе Україною міжнародним зобов'язанням. Це потребує врахування практикою застосування кримінального закону для забезпечення розкриття в Україні потенціалу даної норми як ефективного чинника та елемента завершального рубежу боротьби з корупцією.

2. Передбачені в статті 368-5 КК України форми об'єктивної сторони незаконного збагачення, тобто набуття особою активів, вартість яких у визначеному законом розмірі перевищує її законні доходи: (1) безпосереднє набуття активу у власність спеціального суб'єкта чи (2) набуття його третьою особою: (2.1) за дорученням, а фактично вказівкою спеціального суб'єкта та в інтересах останнього або (2.2) шляхом забезпечення особі, яка виконує функції представника органу державної влади чи місцевого самоврядування, здійснення правомочностей щодо майна, тотожних розпорядженню ним, всебічно охоплюють можливі способи незаконного як самозбагачення, так і збагачення спеціального суб'єкта іншою особою і не виключають співучасті у незаконному збагаченні. Тому обраний законодавцем термін «набуття» відповідає завданням даної кримінально-правової заборони в системі кримінального закону.

3. Ефективне застосування статті 368-5 КК України потребує чітких критеріїв, що вказуватимуть на безпосередній зв'язок спеціального суб'єкта і активу, коли останній оформлено на ім'я третьої особи, яка є лише його номінальним власником. Наразі такі критерії напрацьовуються Вищим антикорупційним та Верховним судами через інститут цивільної конфіскації активів, як споріднений із незаконним збагаченням.

4. Положення п. 5 Примітки до ст. 368-5 КК України дозволяють штучно уникати кримінальної відповідальності за рахунок відповідного цивільного провадження щодо конфіскації необґрунтованих активів, що применшує значення цієї кримінально-правової заборони і суперечить прийнятим Україною міжнародним зобов'язанням за ст. 20 Конвенції ООН проти корупції саме щодо запровадження кримінально караної оцінки відповідного діяння. Тому п. 5 Примітки потребує виключення зі ст. 368-5 КК України, а наявність провадження щодо цивільної конфіскації активів не може впливати на криміналізацію незаконного збагачення. Отже, до ст. 368-5 КК України пропонується внести такі зміни:

«Пункт 5 Примітки до статті 368-5 Кримінального кодексу України виключити».

ЛІТЕРАТУРА

1. М.І.Панов, С.О.Харитонов, О.О.Володіна та ін. Основи кваліфікації кримінальних правопорушень: навч.посіб / за ред. М.І. Панова та С.О. Харитонова. Київ: Норма права, 2023. 460 с.
2. Александров Ю. В., Антипов В. І., Володько М. В., Дудоров О. О. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник. 5-те вид., переробл. та допов. / за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. Київ : Атіка. 2009. 408 с.
3. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право : Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ : Ваіте. 2014. 944 с.
4. Борисов В.І. Склад злочину як правова модель. *Вісник Академії адвокатури України*. 2009. С. 254–256. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaaui_2009_1_45. (дата звернення: 22.11.2023).
5. Панов М. І. Проблеми складу злочину та його функцій у доктрині кримінального права. Вибрані праці з проблем правознавства / упоряд.: В.І. Борисов, С.О. Харитонов, О.О. Володіна. Харків : Право. 2020. С. 632–654.
6. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 / *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення 18.10.2023).
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови. URL: <https://1531.slovaronline.com/search?s=%D0%BD%D0%B0%D0%B1%D1%83%D1%82%D1%82%D1%8F> (дата звернення: 14. 10. 2023).
8. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна та ін. 5-те вид., допов. Харків : Право. 2013 Т. 2 : Особлива частина. 1040 с.
9. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 14.10.2023).
10. Кримінальний кодекс України : Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ : Ін Юре. 2004. 1196 с.
11. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_c16 (дата звернення: 23.11.2023).
12. Михайленко Д. Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи : монографія. Одеса : Видавничий дім «Гельветика». 2017. 582 с.
13. Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики). *Юридичний електронний науковий журнал*. 2017. № 1. С. 129–142. URL: http://sej.org.ua/1_2017/35.pdf (дата звернення: 23.11.2023).
14. Осадчий В.І. Корупційні злочини : монографія. Київ : Вид-во Європейського університету. 2016. 82 с.
15. 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.
16. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 / *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення 19.10.2023).
17. Денєга О.П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення: дис. ...канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Київ. 2015. 194 с.
18. Рішення Вищого антикорупційного суду від 13.07.2022 у справі №991/366/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105252483> (дата звернення 15.10.2023).
19. Рішення Вищого антикорупційного суду від 18.10.2022 у справі №991/2396/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106949017> (дата звернення 16.10.2023).
20. Постанова Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 10.05.2023 у справі №991/2396/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110854894> (дата звернення 16.10.2023).
21. Постанова Верховного Суду від 04.10.2023 у справі №991/2396/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114020811> (дата звернення 16.10.2023).
22. Постанова Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 03.02.2023 у справі №991/6606/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108772467> (дата звернення 21.10.2023).
23. Конституція України від 28.07.1996 / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 23.11.2023).