

РОЗВИТОК КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ

DEVELOPMENT OF CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE ON LIABILITY FOR ILLICIT ENRICHMENT

Грaб А.В., аспірант кафедри кримінально-правової політики та кримінального права

Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Статтю присвячено аналізу розвитку кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення.

З-поміж іншого звернуто увагу на рішення Конституційного Суду України про визнання неконституційною статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» та виділено ключові аргументи, наведені у цьому рішенні. Констатовано, що визнання вказаної статті неконституційною стало логічним наслідком тих хаотичних процесів, які відбувались щодо зміни її правової конструкції протягом понад дев'яти років.

Розкрито особливості законодавчих змін щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, охарактеризовано ключові переваги та недоліки окремих редакцій статті 368-2 КК України «Незаконне збагачення».

Виділено два етапи розвитку кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення: перший етап (2012–2019 роки) – тривав від моменту, коли Кримінальний кодекс України було доповнено статтею 368-2 «Незаконне збагачення», та до визнання її неконституційною Рішенням Конституційного Суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі № 1-135/2018; другий етап (2019 рік – дотепер) – період після визнання статті 368-2 КК України такою, що не відповідає Конституції України та відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення через доповнення Кодексу новою статтею 368-5 «Незаконне збагачення». Встановлено, що ця кримінально-правова заборона максимально наближена до стандарту, втіленого у статті 20 Конвенції ООН проти корупції.

Наголошено на потребі пошуку ефективного варіанту взаємодії інституту визнання активів необґрунтованими та стягнення їх у дохід держави, з одного боку, та застосування кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, з іншого.

Ключові слова: незаконне збагачення, кримінальна відповідальність, корупція, корупційні кримінальні правопорушення, визнання активів необґрунтованими, конституційність.

The article is devoted to the analysis of the development of criminal legislation of Ukraine on responsibility for illicit enrichment.

Among other things, attention was drawn to the decision of the Constitutional Court of Ukraine to recognize as unconstitutional Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine "Illicit Enrichment" and the key arguments given in this decision were deleted. It was established that recognition of the recognized unconstitutional article was a logical consequence of the chaotic processes which took place regarding the change in its legal structure for more than nine years.

The peculiarities of legislative changes regarding criminal liability for illicit enrichment are revealed, the key advantages and disadvantages of individual versions of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine "Illicit enrichment" are characterized.

Two stages of the development of the criminal legislation of Ukraine on responsibility for illicit enrichment are distinguished: the first stage (2012–2019) lasted from the moment when the Criminal Code of Ukraine was supplemented by Article 368-2 "Illicit enrichment" and recognized as unconstitutional by the decision of the Constitutional Court of Ukraine, dated 26.02.2019 № 1-r/2019 in case № 1-135/2018; the second stage (2019 – until now) – the period after the recognition of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine as inconsistent with the Constitution of Ukraine and the restoration of criminal liability for illicit enrichment due to the addition of a new Article 368-5 "Illicit enrichment" to the Code. It has been established that this criminal law prohibition is as close as possible to the standard specified in Article 20 of the UN Convention against Corruption.

The need to find an effective option for the interaction of the institution of recognition of assets as unjustified and their collection into state income, on the one hand, and the application of criminal liability for illicit enrichment, on the other, was emphasized.

Key words: illicit enrichment, criminal responsibility, corruption, corruption criminal offenses, recognition of assets as unfounded, constitutionality.

Постановка проблеми. Запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в 2012 році засвідчило готовність та прагнення України наблизитись до відповідних міжнародних стандартів протидії корупції. Останню визначають як конкретні небезпечні для суспільства, протиправні, винні діяння, що масово вчиняються відповідними суб'єктами – фізичними особами. Її можна і потрібно попереджати, а у випадках її вчинення – розслідувати та притягувати до відповідальності винних осіб [1, с. 121].

Численні зміни, яких зазнавала кримінально-правова заборона, присвячена незаконному збагаченню, до включення в Кримінальний кодекс України (далі – КК України) ст. 368-5, свідчать про наполегливий і плутаний пошук вітчизняного законодавця оптимального змісту цієї заборони. Чинна редакція ст. 368-5 КК України є наслідком багатьох процесів, які важливо проаналізувати для встановлення суті та змісту норми про незаконне збагачення і для формування розуміння того, яким чином ця норма має розвиватись надалі, особливо з урахуванням її взаємодії з цивільно-процесуальним інституту визнання активів необґрунтованими та стягнення їх у дохід держави

[2, с. 33]. На додаток, за кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368-5 КК України, по липень 2023 року не було направлено жодного провадження до суду [3]. Все ж таки, останні новини (які можуть нарешті бути втіленими у кримінальні провадження) яскраво відображають потребу у законодавчому закріпленні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення [4, 5]. Неочікувано в умовах війни, актуальність ст. 368-5 КК України тільки посилилась, а тому існує нагальна потреба у подальшому дослідженні вказаної кримінально-правової заборони.

Досягти поставленого завдання можливо лише після виявлення особливостей різних етапів трансформації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Неможливо дослідити яким чином має розвиватись надалі кримінально-правова заборона, присвячена незаконному збагаченню, без чіткого уявлення про те, яких змін вона вже зазнавала та до чого вони призвели.

Аналіз останніх досліджень. Проблемами, що стосуються кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, у своїх дослідженнях займалися, зокрема, П. П. Андрушко, Б. Г. Безгинський, Л. П. Брич, А. А. Вознюк, Д. О. Гарбазей, О. І. Гузоватий, О. П. Деніга, О. О. Дудо-

ров, В. М. Киричко, М. В. Кочеров, В. Н. Кубальський, Д. Г. Михайленко, В. О. Навроцький, С. С. Чернявський, В. Я. Тацій, О. О. Титаренко, М. І. Хавронюк, І. Б. Юрчишин, І. М. Ясін та інші.

Так, Д. О. Гарбазей дослідив розвиток кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення через призму міжнародного-правового аспекту, та дійшов до висновку, що введення спеціальної статті за незаконне збагачення є доцільним, враховуючи міжнародний досвід її впровадження [6, с. 92]. О. І. Гузоватий та О. О. Титаренко досліджуючи історичний досвід регламентації норми, що передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення в Україні, встановили, що проведений аналіз розробки та становлення її декількох редакцій у змісті Особливої частини КК свідчить про пошук законодавцем найоптимальнішої конструкції цієї норми, яка б не тільки відповідала вимогам міжнародних інституцій, але і не суперечила конституційним принципам нашої держави та не створювала б конкуренції між нормами кримінального закону [7, с. 60].

Аналізуючи історію становлення та п'ять етапів розвитку кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні до схожого висновку дійшов І. Б. Юрчишин, на думку якого, законодавець перебував в пошуку найоптимальнішої моделі вказаної кримінально-правової норми, яка б була ефективним правовим інструментом боротьби з корупцією та враховувала конституційні положення, які закріплюють права та свободи людини і громадянина [8, с. 186].

Водночас такі автори як, Д. Г. Михайленко та А. А. Вознюк досліджували розвиток норми про незаконне збагачення, враховуючи її різні редакції та численну кількість законопроектів, які викликали ґрунтовну критику. Частина з них була покликана відновити в КК України кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (після визнання статті 368-2 КК України такою, що не відповідає Конституції України), інша частина передбачала зміни та доповнення [9, 10]. Втім, у цих, та вказаних вище дослідженнях, все ще не було звернуто увагу на потребі пошуку ефективного варіанту взаємодії інституту визнання активів необґрунтованими та стягнення їх у дохід держави із застосуванням кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Проаналізувавши наукову літературу, вбачається, що розвиток кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення досліджувався досить нешироким колом вітчизняних авторів. Втім, варто врахувати те, що правове регулювання кримінальної відповідальності за незаконне збагачення розвивається доволі динамічно та зазнає перманентних змін, а тому дослідження його розвитку все ще не втрачає актуальності.

Метою статті є вивчення особливостей розвитку кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення, з'ясування проблемних аспектів кожної з відповідних редакцій, що потрібно для висування аргументованих пропозицій, спрямованих на вдосконалення ст. 368-5 КК України.

Виклад основного матеріалу. У 2006 р. Україна ратифікувала Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції (далі – КООНПК) від 31 жовтня 2003 р., яка відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України стала частиною українського законодавства. У ст. 20 КООНПК передбачено, що держави-учасники Конвенції мають розглянути можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинним умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати» [11]. Аналізуючи цю норму, звернемо увагу на таке.

По-перше, ратифікувавши КООНПК, Україна взяла на себе відповідні зобов'язання у сфері протидії коруп-

ції. К. П. Задою з цього приводу слушно зазначає, що ст. 20 КООНПК залишає за державами не абсолютно вільний розсуд у питанні криміналізації незаконного збагачення, а обмежує його умовою «дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи» [12, с. 12–13]. Тобто якщо Основний Закон держави та основоположні принципи правової системи не перешкоджають імплементації норми про незаконне збагачення, то держава зобов'язана виконати відповідну міжнародно-правову настанову, яка має (треба так розуміти) не рекомендаційний, а обов'язковий характер. Вказане зобов'язання знайшло своє втілення у статті 368-2 КК України – «Незаконне збагачення». Вона стала результатом розгляду законодавця можливості імплементації ст. 20 КООНПК у національне законодавство.

Розвиток кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення розпочався із невдалої спроби закріпити у КК України статтю 368-1 «Незаконне збагачення» Законом України від 11.06.2009 № 1508-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». Вона налічувала 4 частини й 1 пункт примітки. Останній надавав роз'яснення тому, що слід розуміти під незаконним збагаченням у значному розмірі. Ч. 1 ст. 368-1 передбачала під незаконним збагаченням одержання службовою особою неправомірної вигоди або передача нею такої вигоди близьким родичам. Залежно від її розміру (значний, великий чи особливо великий) диференціювалась і відповідальність у ч. ч. 2–4 вказаної статті.

Надалі на підставі Закону України від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» КК України було доповнено статтею 368-2 «Незаконне збагачення». Вона передбачала, що одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або ж передача нею цієї вигоди близьким родичам, якщо при цьому діяння особи не містило ознак хабарництва, має каратись штрафом або обмеженням волі з позбавленням права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю. Одержання неправомірної вигоди у великому чи особливо великому розмірі каралось жорсткішими санкціями. У примітці цієї статті уточнювались розміри неправомірної вигоди.

Ст. 368-2 КК України у такій редакції проіснувала до 2013 р., маючи мало чого спільного зі ст. 20 КООНПК і зазнаючи критики з боку науковців. Наприклад, О. О. Дудоров і Т. М. Тертиченко вважали закріплене у ст. 368-2 КК України визначення незаконного збагачення таким, що «вихолощує» основний зміст аналізованого корупційного діяння у розумінні КООНПК: «живеш не на зароблені кошти і не можеш це належним чином пояснити – ти злочинець» [13, с. 30]. В. Н. Кубальським, розмірковуючи подібним чином, писав, що ст. 368-2 КК України взагалі не відобразила ознаки незаконного збагачення як діяння, визначеного в ст. 20 КООНПК [14, с. 31]. Таким чином, дарма що формально Україна виконала взятє на себе зобов'язання щодо імплементації відповідної конвенційної норми, ст. 368-2 КК України потребувала змін.

Вже невдовзі вказана стаття зазнала їх у зв'язку з прийняттям законів України від 18 квітня 2013 р. № 221-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність зі стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» і № 222-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України». Зміни, передбачені першим зі згаданих законів, були доволі незначними, та передбачали в абзаці першому ч. 1 ст. 368-2 КК України заміну терміну «хабарництво» на

слова і цифри «зазначених у статті 368 цього Кодексу», яка відтепер мала назву «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою». Також було змінено визначення поняття «неправомірної вигоди» у примітці до ст. 364-1 КК України, що відобразилося на розумінні змісту статті 368-2.

Свою чергою, другим із загаданих законів було внесено масштабні зміни, а саме доповнення КК України положеннями про спеціальну конфіскацію як інший захід кримінально-правового характеру. Це передбачалося рекомендаціями GRECO за наслідками спільних першого та другого раундів оцінювання (Страсбург, 23 березня 2012 року) та Планом дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, який було схвалено на саміті Україна – Європейський Союз [15].

У наступні роки продовжився процес внесення змін до ст. 368-2 КК України, що було зумовлене створенням нової системи антикорупційних органів та запуском системи електронного декларування. Важливе значення для розвитку кримінальної відповідальності за незаконне збагачення відіграло прийняття законів України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII «Про Національне антикорупційне бюро України» та 1700-VII «Про запобігання корупції».

Так, 16 вересня 2014 р. Президент України зареєстрував проект Закону України № 5085, первинна редакція якого не передбачала внесення змін до статті КК України про незаконне збагачення. Надалі, 14 жовтня 2014 року, цей законопроект було доопрацьовано та в цілому прийнято у другому читанні як закон України. Законопроект, відповідно до його пояснювальної записки, передбачалося створення принципово нової системи спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції, а злочин, передбачений ст. 368-2 КК України, було віднесено до підслідності Національного антикорупційного бюро України [16].

Ст. 368-2 КК України отримала нову редакцію, яка істотно відрізнялась від попередньої. Це стало своєрідною реакцією законодавця на те, що відносно питання конституційності статті 368-2 КК України були різні погляди. Задля усунення можливих спірних питань, щодо перекладання тягаря доказування зі сторони обвинувачення на сторону захисту, зміст вказаної статті став значно ближчим до змісту статті 20 КООПК. Передусім формулювання «одержання неправомірної вигоди за відсутності ознак хабарництва» було замінене зворотом «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність майна». Однак, слід погодитись з думкою Д. Г. Михайленка, що норма про незаконне збагачення цього періоду 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 [17, с. 7].

Також важливим є законодавче уточнення в нормі того, що незаконним збагаченням є набуття майна, «вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел», та посилення кримінальної відповідальності за вчинення умисного злочину «незаконне збагачення» службовою особою, яка займає відповідальне та особливо відповідальне становище. Що є нічим іншим, як забезпеченням принципу диференціації кримінальної відповідальності.

Через доволі нетривалий проміжок часу, із прийняттям Закону України від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», ст. 368-2 КК України була викладена у новій редак-

ції. Внесені зміни стосувались предмета цього злочину, який відтепер складало не «майно», а активи у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами. У примітці статті активи у значному розмірі тлумачились як грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, якщо їх розмір (вартість) перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Також відтепер протиправне діяння особи могло бути кваліфіковане як незаконне збагачення не лише у випадку передачі «активів» близьким родичам, а й у разі їх передачі будь-якій особі.

Остання зміна до ст. 368-2 КК України стосувалась лише її санкції та була внесена на підставі Закону України від 10 листопада 2015 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні», що згідно з пояснювальною запискою до відповідного законопроекту дозволило імплементувати Директиву ЄС від 03 квітня 2014 року 2014/42/EU про арешт та конфіскацію предметів злочинної діяльності та доходів від неї в ЄС, а також реалізувати рекомендацію 4 Міжнародних стандартів з протидії відмиванню доходів та фінансуванню тероризму і розповсюдженню зброї масового знищення, затверджених FATF [18]. Зі ст. 368-2 КК України було виключено вказівку на застосування спеціальної конфіскації. Однак ця зміна мала лише формальний, а не сутнісний характер.

До слова спеціальна конфіскація може застосовуватись і у разі вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України. Підхід, за яким обвинувачений позбавляється активів, одержаних злочинним шляхом, спрямований на зменшення кримінального капіталу, який міг би підживлювати майбутню злочинну корупційну діяльність, на усунення стимулу вчиняти подальші злочини та на гарантування того, що «злочин ніколи не окупиться» [19, с. 6].

Ст. 368-2 КК України зберігала свою чинність у згаданому вигляді до визнання її Рішенням Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 р. у справі № 1-135/2018 (5846/17) за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 КК України (далі – Рішення КСУ від 26.02.2019) такою, що не відповідає Конституції України.

Таким чином, перший етап розвитку кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення охопив часові рамки 2012–2019 років, а саме період з моменту, коли КК України було доповнено ст. 368-2 і до моменту визнання її неконституційною.

КСУ, ухвалюючи відповідне рішення, виходив, зокрема, з того, що законодавче визначення ознак незаконного збагачення у ст. 368-2 КК України не відповідає принципу правової визначеності. Одна з головних причин (якщо не найголовніша) визнання статті 368-2 неконституційною, стала вжита законодавцем юридична конструкція «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами». КСУ прийшов до висновку, що зміст статті 368-2 КК України не відповідає вказаному принципу, оскільки диспозиція цієї норми сформульована недостатньо чітко й допускає неоднозначне її розуміння, тлумачення та застосування. Крім того, КСУ підкреслив, що особа може надавати докази своєї невинуватості лише за власним бажанням або не надавати їх взагалі.

Щодо вимоги «раціонального пояснення» чи «раціонального обґрунтування» невідповідності між вартістю активів, набутих у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та задекларованими нею законними доходами, КСУ прийшов до висновку, що така вимога може встановлюватись як вимога підтвердження добросовісності посадової особи та як превентивний засіб у боротьбі з корупцією,

проте не може встановлюватись, як обов'язок особи довести свою невинуватість у вчиненні злочину та надавати докази в межах кримінального провадження [20].

Отже, стаття 368-2 КК України, якою до лютого 2019 року врегульовувалась кримінальна відповідальність за незаконне збагачення, була визнана КСУ такою, що суперечить Конституції України, з огляду на його наступні аргументи:

1) диспозиція її норми не відповідає вимогам правової визначеності, як складової частини конституційного принципу верховенства права, суперечила принципу презумпції невинуватості та порушувала принцип свободи від самовикриття;

2) вказана стаття уможливила цілковите перекладання на сторону захисту тягаря доведення зі сторони обвинувачення та порушувала конституційний припис щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів;

3) диспозиція статті зробила можливим притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка на законних підставах набула активи у власність, проте не могла підтвердити законність підстав такого набуття.

Визнання ст. 368-2 КК України такою, що суперечить Конституції України, було переважно негативно сприйнято суспільством, вітчизняними науковцями та зарубіжними експертами.

Так, К. П. Задоя дослідив проблеми обґрунтованості висновків КСУ у Рішенні від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі № 1-135/2018 та дійшов до висновку, що наведена у ньому аргументація не підтверджує висновки Суду щодо невідповідності ст. 368-2 КК України ч. 1 ст. 8, ч. ч. 1-3 ст. 62, ч. 1 ст. 63 Конституції України. Розглядаючи обов'язок обвинуваченого доводити законність набутих ним активів (який теоретично міг би випливати зі змісту ст. 368-2 КК України), автор не може погодитися з тим, що це становило б порушення ч. 2 ст. 62 Конституції України, бо в останній йдеться про неприпустимість покладення на особу обов'язку доводити невинуватість у вчиненні злочину, і аж ніяк не про неприпустимість покладення на особу довести наявність певних обставин (фактів) [21, с. 73–74].

Зазначимо, що суддя КСУ С. П. Головатий у розбіжній думці у справі № 1-135/2018(5846/17) висловив думку, що формулювання статті 368-2 КК України не дає підстав для припущення, що саме підозрюваний чи обвинувачений несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування аргументів обвинувачення, а закладений у статті 368-2 КК України підхід створює рівновагу між інтересом держави у сфері боротьби з корупцією та правами підозрюваного або обвинуваченого, покладаючи на прокурора обов'язок довести вину особи, а особа може її спростувати [22].

Серед іншого, КСУ у своєму Рішенні, фактично, заперечив положення КПК України, які без винятків розповсюджувались і на ст. 368-2 КК України. Адже тільки на орган обвинувачення покладається обов'язок доводити незаконність походження наявних у суб'єкта активів (тобто обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні). Без такого доведення, на майно особи поширюється презумпція правомірності набуття права власності на нього. Це закріплено у ст. 91-92 КПК України. Крім того, враховуючи загальні засади кримінального провадження, закріплені в ст. 7 та презумпцію невинуватості та забезпечення доведеності вини в ч. 2 ст. 17 КПК України, підозрюваний, обвинувачений у незаконному збагаченні не зобов'язаний підтверджувати доказами законність підстав набуття активів. Це завдання покладене виключно на сторону обвинувачення. При цьому, неважливо чи скористався підозрюваний своїм правом щодо давання показань. А тому, своєрідна особливість незаконного збагачення полягає лише у тому, що сторона обвинувачення повинна спрогнозувати усі можливі версії

щодо набуття активів, які може висунути підозрюваний у своє виправдання, і спростувати їх належними доказами (в порядку, визначеному КПК України) [23, с. 191].

Слушною вважаємо позицію К. П. Задоя, на думку якого, внаслідок декриміналізації незаконного збагачення, міжнародно-правове зобов'язання, яке випливає для України зі ст. 20 КООНПК не виконане у повному обсязі, і при цьому, як ми вже встановили раніше в дослідженні, мова йде саме про зобов'язання, а не про рекомендацію. Задля цього, на думку дослідника, Україні варто було доповнити КК України окремим положенням, яке б ґрунтувалося на ст. 20 КООНПК та за можливості враховувало зауваження, висловлені КСУ щодо визнаної неконституційною редакції ст. 368-2 КК (п. 24) [12, с. 13], і як засвідчило подальше доповнення КК України новою статтею 368-5, в кінцевому результаті Україна все ж виконала своє зобов'язання. Зважаючи на суспільний розголос та тиск зі сторони суспільства, потреба у закріпленні нової кримінально-правової норми, якою б визначалась кримінальна відповідальність за незаконне збагачення, була очевидною.

Значну увагу дослідженню того, який би мала мати вигляд нова заборонна кримінально-правова норма, присвячена незаконному збагаченню, приділили О. О. Дудоров та А. А. Вознюк. Аналізуючи низку законопроектів, спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, дослідники розглянули декілька ключових питань. Серед яких, які діяння необхідно криміналізувати у межах складу злочину «незаконне збагачення», як варто позначати предмет злочину «незаконне збагачення» та хто має бути суб'єктом вказаного злочину. Автори також зазначили, що протидія незаконному збагаченню повинна враховувати комплексний підхід до вдосконалення і застосування антикорупційного законодавства [24, с. 458].

Так, Законом України від 31.10.2019 № 263-IX «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» КК України було доповнено ст. 368-5. У пояснювальній записці до відповідного законопроекту його автори підкреслювали важливість відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення на виконання зобов'язання, взятого Україною за Меморандумом про взаємодію із МВФ від 22 квітня 2014 р. і за ст. 20 КООНПК. Також наголошувалося на тому, що відсутність кримінальної відповідальності за незаконне збагачення нівелює роль системи електронного декларування у попередженні та виявленні корупції, адже для суб'єктів декларування відсутні правові перешкоди для декларування незаконно набутого майна. Втім, у процесі підготовки відповідний законопроект не зазнав всіх необхідних доопрацювань, про які наголошували у своїх висновках щодо змісту ст. 368-5 КК України ГНЕУ Апарату Верховної Ради України та Головне юридичне управління. Для прикладу, конструкція «перевищує її законні доходи» була розкритикована з огляду на неможливість встановити, за який період має вестись підрахунок доходів [25].

Окрім відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, Законом України від 31.10.2019 № 263-IX було по новому регламентовано позовне провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави, через внесення змін до Глави 12 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Саме з цього моменту процедура цивільної конфіскації необґрунтованих активів запрацювала в ролі ефективного засобу протидії незаконному збагаченню публічних службових осіб поза кримінальним процесом.

Однак, наразі взаємодія інституту визнання активів необґрунтованими та стягнення їх у дохід держави,

з одного боку, та застосування кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, з іншого, перебуває на низькому рівні, оскільки вони, фактично, виключають одна одну. Причина в тому, що згідно з ч. 2 ст. 290 ЦПК України позов пред'являється щодо активів, якщо різниця між їх вартістю і законними доходами особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у п'ятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, але не перевищує межу, встановлену статтею 368-5 КК України.

І хоча, загалом, застосування цивільної конфіскації до необґрунтованих активів позитивно оцінюється серед науковців теоретиків та практиків, зверталася увага і на проблему у взаємодії вказаного інституту з кримінальною відповідальністю за незаконне збагачення. Так, на думку О. З. Гладуна, внаслідок законодавчого обмеження предмета злочину, а саме розмежування кримінальної та цивільної процедури стягнення необґрунтованих доходів, яке базується виключно на єдиному кількісному критерії – вартості активів, є ризики ситуацій, при яких кримінально-правову норму про незаконне збагачення буде неможливо застосувати на практиці. Мало того, автором не вбачається реальної загрози порушення прав і свобод людини від паралельного застосування кримінального та цивільного механізмів припинення незаконного збагачення [26, с. 84]. Не викликає сумнівів те, що зазначені механізми мають разом створювати ефективну та комплексну протидію проявам незаконного збагачення. З іншого боку, пропонується визначити загальні критерії, а також розробити законопроект щодо застосування конфіскації без ухвалення обвинувального вироку безвідносно розміру сумнівних активів [27, с. 131]. Втім, окреслене питання, як важлива складова розвитку кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, залишається відкритим та потребує окремого дослідження.

Станом на сьогодні ст. 368-5 КК України є чинною кримінально-правовою нормою, яка передбачає, що 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 – визнається незаконним збагаченням.

Можна констатувати, що за весь час існування кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню, саме редакція ст. 368-5 КК України є максимально наближеною до стандарту, встановленого ст. 20 КООНПК для імплементації її державами, з огляду на наступне. По-перше, ст. 20 КООНПК визнає умисним незаконним збагаченням значне збільшення активів державної посадової особи. Своєю чергою, ст. 368-5 КК України визнає ним набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. А пункт 2 до її примітки надає визначення того, що слід розуміти під набуттям активів, яке саме по собі не може бути неумисним. Тобто, український законодавець також передбачив спеціального суб'єкта злочину та не просто закріпив «значне збільшення активів», а передбачив його чіткий розмір. По-друге, пункт 4 примітки до ст. 368-5 КК України дає визначення того, що слід розуміти під законними доходами особи. Відповідно, вжите формулювання у ст. 20 КООНПК щодо значного збільшення активів особи «які вона не може раціонально обґрунтувати», узгоджується із ситуацією, коли органу обвинувачення, використовуючи всю організаційно-матеріальну

силу держави, не вдається встановити достатню кількість законних джерел походження фактично виявлених активів, що унеможливує їх раціональне обґрунтування та стає підставою для відкриття кримінального провадження щодо публічної посадової особи.

Варто зауважити, що ст. 368-5 КК України ще не зазнала жодної зміни, що було нехарактерним для її попередниць. Однак, це не означає, що вже оновлена кримінально-правова норма позбавлена проблемних питань. Навпаки, вони існують і потребують детального аналізу та пошуку шляхів їх вирішення, що вже становить іншу тему для наукових розвідок.

Також, слід зазначити, що вже понад 4 роки робоча група з питань розвитку кримінального права, створена Указом Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р. «Питання Комісії з питань правової реформи», займається розробкою проєкту нового КК України. Ст. 9.5.9. «Незаконне збагачення» якого передбачає наступне: «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка набула активи, вартість яких більше ніж на тридцять п'ять тисяч розрахункових одиниць (7 000 000 грн) перевищує її законні активи, – вчинила злочин 3 ступеня» [28].

Висновки. Таким чином, можна виділити наступні етапи розвитку кримінального законодавства України про відповідальність за незаконне збагачення:

- перший етап (2012 – 2019 роки) – від моменту, коли КК України було доповнено статтею 368-2 «Незаконне збагачення», та до визнання її неконституційною Рішенням КСУ від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі № 1-135/2018;
- другий етап (2019 рік – до сьогодні) – період після визнання статті 368-2 КК України такою, що не відповідає Конституції України та відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення через доповнення Кодексу новою статтею 368-5 «Незаконне збагачення».

Загалом, не зважаючи на те, що кримінально-правова норма, якою встановлено відповідальність за незаконне збагачення, з'явилась у вітчизняному законодавстві порівняно нещодавно, процес його становлення та розвитку характеризує досить широке коло подій. Перш за все, зазначимо, що стаття 368-2 КК України «Незаконне збагачення» була недосконалою від моменту її прийняття, недоліки якої, не вдавалось вирішити оновленими редакціями, через що критика статті тільки посилювалась із кожною її новою редакцією та змінами до її змісту. Можна зробити висновок, що визнання цієї статті неконституційною Рішенням КСУ від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі № 1-135/2018, попри наявність низки спірних моментів в аргументації прийнятого Рішення, у цілому досить логічно підсумувало ті хаотичні процеси, які відбувались щодо зміни її правової конструкції протягом дев'яти років.

Чинна на сьогодні редакція статті 368-5 КК України «Незаконне збагачення» є значно досконалішою з огляду на відповідність принципам, закріпленим у міжнародних стандартах, в тому числі у статті 20 КООНПК та Конституції України, втім не позбавлена проблемних питань, які роблять її застосування менш ефективним та вимагають оперативних законодавчих заходів. Ба більше, взаємодія кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню, з інститутом визнання активів необґрунтованими та стягнення їх у дохід держави потребує змін, а отже, належної наукової аргументації. Все це, а також формулювання вжите для визначення незаконного збагачення в проєкті нового КК України, становлять тему для подальших наукових розвідок.

ЛІТЕРАТУРА

1. Хавронюк М. І. Визначення корупційних злочинів у КК України. *Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі* [Текст] : матеріали VII Міжнар. наук.- практ. конф. (Київ, 8–9 груд. 2022 р.) / [редкол.: В. В. Черней, С. Д. Гусарев, С. С. Чернявський та ін.]. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 121–125.
2. Хутор Т. М.; Цивільна конфіскація необґрунтованих активів крізь призму захисту права власності. Київ: ТОВ РЕД ЗЕТ, 2020. 40 с.

3. Звітність «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення», форма № 1, затверджена наказом Генерального прокурора від 30 червня 2020 року № 299. Веб-сайт. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2> (дата звернення: 24.08.2023).
4. НАЗК виявило ознаки незаконного збагачення секретаря Запорізької міськради на понад 9 млн грн. Веб-сайт. URL: <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/nazk-vuyavilo-oznaky-nezakonnogo-zbagachennya-sekretarya-zaporizkoji-miskradi-na-ponad-9-mln-grn/> (дата звернення: 24.08.2023).
5. За матеріалами НАЗК, переданими ДБР 19 липня, сьогодні повідомлено про підозру одеському ексвоєнкому Борисову. Веб-сайт. URL: <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/za-materialamy-nazk-peredanymu-dbr-19-lipnya-sogodni-povidomleno-pro-pidozru-odeskomu-eksvoyenkomu-borysovu/> (дата звернення: 24.08.2023).
6. Гарбазей Д. О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект. *Альманах міжнародного права*. 2014. Вип. 4. С. 84–94.
7. Гузоватий О. І., Титаренко О. О. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні та деяких зарубіжних країнах : монографія / О.І. Гузоватий, О.О. Титаренко. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018. 260 с.
8. Юрчишин І. Б. Генезис кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. *Прикарпатський юридичний вісник*. № 1(30). 2020. С. 182–187.
9. Михайленко Д. Г. Розвиток норми про незаконне збагачення в умовах зміни державної антикорупційної політики. *Новітні тенденції законотворчості у сфері кримінального права* : матеріали Інтернет-конференції (м. Одеса, 20 квітня 2015 р.).
10. Вознюк А. А. Незаконне збагачення: пошук оптимальної кримінально-правової норми. *Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення* : матеріали міжвуз. наук.-практ. круглого столу (Київ, 22 берез. 2019 р.) : Нац. акад. внутр. справ, 2019. С. 84–90.
11. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003., ратифікована Верховною Радою України 18.10.2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2007 р. № 49. с. 2048.
12. Задоя К. П., за ред. Хавронюка. М. І. Висновок щодо стану імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Київ. 2019. — 27 с.
13. Дудоров О. О., Тертиченко Т. М. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2011. № 3. С. 28–34.
14. Кубальський В. Н. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в контексті принципу презумпції невинуватості. *Кримінальне право та кримінологія*. 2013. С. 30–34.
15. Пояснювальна записка до проекту Закону України від 18.04.2013 № 222-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України» (стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46599 (дата звернення: 24.08.2023).
16. Пояснювальна записка до проекту Закону України від 14.10.2014 № 1698-VII «Про систему спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції». URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52186 (дата звернення: 24.08.2023).
17. Михайленко Д. Г. Трансформація норми про незаконне збагачення в Україні у світлі теорії кримінальної законотворчості. *Концептуальні основи кримінальної законотворчості* : Матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 19 жовтня 2017 р.) / відп. ред. В. О. Туляков, Є. Л. Стрельцов. Одеса : НУ «ОЮА», 2017. С. 331–344.
18. Пояснювальна записка до проекту Закону України від 10.11.2015 № 770-VIII «Про внесення змін до Кримінального та Цивільного кодексів України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=56313 (дата звернення: 24.08.2023).
19. Helena Wood. Reaching the Unreachable: Attacking the Assets of Serious and Organised Criminality in the UK in the Absence of a Conviction, RUSI Occasional Paper, page 2, www.rusi.org, accessed on 15 October 2020. The Use of Non-Conviction Based Seizure and Confiscation. P. 34. URL: <https://rm.coe.int/the-use-of-non-convictionbased-seizure-and-confiscation-2020/1680a0b9d3> (Last accessed: 24.08.2023).
20. 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: 24.08.2023).
21. Задоя К. П. Визнання Конституційним судом України неконституційною статті 368-2 Кримінального кодексу України: проблеми обґрунтованості рішення. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2021 № 54 том 2. С. 70–74.
22. Розбіжна думка судді Сергія Головатого у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (справа № 1-135/2018(5846/17) (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019) (оновлена й доповнена 11 березня 2019 року). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-19#n2> (дата звернення: 24.08.2023).
23. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / Дудоров О. О. та ін. ; за ред. М.І. Хавронюка. К. : Москаленко О. М., 2019. 463 с.
24. Дудоров О. О. Незаконне збагачення: у пошуках дієвої моделі кримінально-правової заборони. *Кримінально-правові проблеми сучасної України (вибрані праці)*. Київ: Ваїте, 2022. С. 448–459.
25. Проект Закону України від 29.08.2019 № 263-IX «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». URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66264 (дата звернення: 24.08.2023).
26. Гладун О. З. Проблеми криміналізації незаконного збагачення. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2020. № 1. С. 78–87.
27. Ахтирська Н. М. Принцип «баланс вірогідності» vs принцип «поза розумним сумнівом»: міжнародний досвід конфіскації без обвинувального вироку. *Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі* [Текст]: матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 8–9 груд. 2022 р.) / [редкол.: В. В. Черней, С. Д. Гусарев, С. С. Чернявський та ін.]. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 128–131.
28. Текст проекту нового Кримінального кодексу України. Веб-сайт. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/22/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-22-05-2023.pdf> (дата звернення: 24.08.2023).