

МІНІСТЕРСТВО ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ
ПЕНІТЕНЦІАРНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

ЮРЧИШИН ІВАН БОГДАНОВИЧ

УДК 343.352

ДИСЕРТАЦІЯ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА
НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ

Спеціальність 081 «Право»

Галузь знань 08 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень, аналіз ідей, результатів і текстів інших авторів, які мають посилання на відповідне джерело

_____ **І. Б. Юрчишин**

Науковий керівник: **Остапчук Людмила Григорівна,**

доцент кафедри, кандидат юридичних наук, доцент

Чернігів 2025

АНОТАЦІЯ

Юрчишин І.Б. Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Пенітенціарна академія України, Чернігів, 2025.

Робота є однією із перших в Україні кваліфікаційною науковою працею, яка присвячена комплексному дослідженню кримінально-правової характеристики незаконного збагачення у чинній редакції статті 368-5 КК України.

Основною гіпотезою дослідження є припущення, що недостатня ефективність застосування кримінально-правової норми, передбаченої статтею 368-5 КК України, зумовлена відсутністю системного підходу до конструювання її об'єктивної сторони, неузгодженістю деяких ознак складу цього злочину з сучасними реаліями суспільного буття, незбалансованістю санкцій та їх невідповідність ступеню суспільної небезпечності діяння.

Наукове завдання полягає у вдосконаленні, на підставі комплексного аналізу, засобів кримінально-правового забезпечення запобігання незаконному збагаченню.

Автором зазначається, що Україна пройшла свій унікальний шлях встановлення та трансформації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а з моменту запровадження і до сьогодні кримінально-правова норма «незаконне збагачення» зазнавала змін шість разів, була декриміналізована та згодом відновлена.

У дисертаційному дослідженні, криміналізація незаконного збагачення, визначається як один з правових інструментів та суворий засіб державного примусу в загальному механізмі запобігання корупції, який характеризується потужним превентивним та каральним антикорупційним потенціалом і органічно пов'язаний та кореспондується з обов'язком держави боротися чи іншим чином

запобігати корупції, а також є одним із фундаментів поточної антикорупційної політики та інституційної реформи у сфері запобігання корупції в Україні.

Автором розглянуто соціальну зумовленість та історичні передумови встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, здійснено умовний поділ історії становлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення на п'ять етапів її розвитку та надано їм характеристику.

У дисертаційному дослідженні зроблено обґрунтований висновок про те, що законодавець перебуває в пошуку найоптимальнішої моделі вказаної кримінально-правової норми, яка б з одного боку була ефективним правовим інструментом запобігання корупції, а з іншого – враховувала конституційні положення, якими встановлено принципи юридичної відповідальності, права і свободи людини і громадянина, а також їх гарантії.

Автор, розглядаючи положення міжнародних правових актів, що закріплюють загальні засади юридичної відповідальності за незаконне збагачення, а також норми національного законодавства різних зарубіжних країн, здійснює їх порівняльний аналіз, у результаті чого виокремлює спільні риси та особливості. Наголошується на необхідності проведення наукових досліджень інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення як складової комплексного підходу до розв'язання означеної проблеми та вивчення зарубіжного досвіду у контексті таких досліджень. Підкреслюється, що питанню запобігання незаконному збагаченню як окремому злочину у значній частині країн світу почали приділяти увагу саме з моменту прийняття Конвенції ООН проти корупції. Водночас держави, які ратифікували Конвенцію, по-різному запобігають цьому злочину, у зв'язку з чим, автор поділяє їх на дві групи – ті, що встановили окрему відповідальність безпосередньо за незаконне збагачення і ті, що цього не зробили. Досліджуючи країни першої групи, автор наголошує, що до неї входять держави як з високим так і з низьким рівнем корупції. Вказане свідчить про те, що відповідальність за незаконне збагачення розглядається як механізм, який здатний

доповнити існуючу систему запобігання корупції, якою б ефективною вона не була. Звертається увага на відмінності у розумінні змісту поняття «незаконне збагачення» у законодавстві цих держав. Дослідження законодавства держав другої групи дає можливість зрозуміти у зв'язку з чим вони відмовились встановлювати відповідальність за незаконне збагачення в окремій нормі кримінального законодавства і які альтернативні засоби застосовують у запобіганні цьому злочину. Також окремі з цих держав використовують терміни «безпідставне збагачення» або «неправомірне збагачення» у своєму податковому та цивільному законодавстві. Підкреслюється, що Україна, як держава, яка відноситься до першої групи, обравши один з варіантів диспозиції відповідної статті КК України, що існує у зарубіжних країнах, закріпила, водночас, термін «набуття активів», що в інших країнах не використовується.

Автор, розглядаючи положення ст. 368-5 КК України, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, здійснює дослідження ознак складу цього злочину, які, на його думку, викликають труднощі під час розслідування цього злочину. Наголошується, що проблема незаконного збагачення в Україні залишається ще недостатньо дослідженою, а досвід діяльності детективів Національного антикорупційного бюро України свідчить, що значна частина труднощів, які виникають у процесі розслідування незаконного збагачення, пов'язані з недосконалістю самої ст. 368-5 КК України. Передусім звертається увага на закріплення у статті ознак спеціального суб'єкта злочину. При цьому автор аналізує зміни, яких зазнало формулювання суб'єкта протягом існування в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Розглядається співвідношення між термінами «службова особа» і «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», а також питання про доцільність введення останнього. Під час дослідження об'єктивної сторони злочину «незаконне збагачення» звертається увага на те, що практика діяльності Національного антикорупційного бюро України свідчить про суттєві вади у

формулюванні об'єктивної сторони у ст. 368-5 КК України. Автор доводить це піддаючи аналізу визначення терміну «набуття активів», що сформульоване у частині 2 примітки до вказаної статті, проблему оцінки доходів для встановлення факту їх перевищення, необхідність врахування доходів членів сім'ї суб'єкта злочину тощо. Аналізується також суб'єктивна сторона злочину. Зокрема, звертається увага на умисність діяння як ознаку суб'єктивної сторони незаконного збагачення і в цьому контексті порівнюється положення ст. 368-5 КК України з положеннями ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. Наприкінці автор формулює висновки, яких він дійшов в результаті дослідження, а також висловлює пропозиції спрямовані на вдосконалення ст. 368-5 КК України, зокрема пропонує її нову редакцію.

Ключові слова: корупція, незаконне збагачення, кримінальна відповідальність, злочин, корупційне кримінальне правопорушення, неправомірна вигода, кваліфікація, службова особа, посадові особи, воєнний стан, зловживання службовими повноваженнями, службова діяльність, професійна діяльність, детектив, правоохоронні органи.

SUMMARY

Yurchyshyn I.B. Criminal-legal characteristics of Illicit Enrichment. – Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.

The dissertation research for the degree of the Doctor of Philosophy, in the field of knowledge 08 Law, specialty 081 "Law". Penal Law. – Penitentiary Academy of Ukraine, Chernihiv, 2025.

The work is one of the first in Ukraine qualifying scientific research in the domestic science of criminal law, devoted to a detailed and comprehensive study of the legal regulations of criminal liability for illicit enrichment in the final published version of Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine.

The main study hypothesis is an assumption that the lack of efficiency of the criminal law, provided by Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine, is determined by the lack of the systematic approach to constructing its objective side, inconsistency of some evidence of this crime with some modern realities, imbalance procedure and its discrepancy with the degree of public threats of the act.

The scientific task is to improve the resources of criminal law to prevent illicit enrichment based on complex analysis.

The author substantiates that Ukraine has passed a unique way in establishing and transforming criminal liability for illicit enrichment, and since its introduction, the criminal law provision "illicit enrichment" has been changed six times, and was decriminalized and later restored again.

In dissertation research, the criminalization of illicit enrichment is defined as one of the legal instruments or mechanism and is used as a strict measure by the government with a view to prevent corruption. Criminalization of illicit enrichment is characterized by powerful preventive and punitive anti-corruption potentials. In addition, criminalization of illicit enrichment is the governmental duty and obligation to combat

and prevent corruption. This measure is one of the fundamental ones of the current anti-corruption policy and institutional reforms of anti-corruption legislation in Ukraine.

The author depicted social conditionality and historical preconditions for establishing criminal liability for illicit enrichment. It also explained the development of five stages of conditional division of criminal liability for illicit enrichment and defined the characteristics of each stage. At every mentioned stages, a detailed description of the criminal law title of "illegal enrichment" is provided.

The author concluded that the legislator is currently searching for the most reasonable model that could become a valid legal tool to fight against the corruption that would follow constitutional provisions just as much as the set the principles of legal responsibility, law and freedom, human and citizen, as well as their guarantees.

The author, considering the position of international legal acts which consolidate common general provisions of legal liability for illicit enrichment and also the rules of national law of various foreign countries, implements a comparative analysis and defines common features and characteristics. It is stressed on conducting research of criminal liability institute for illegal enrichment as a part of comprehensive approximation to resolve the above-mentioned problem and study international experience in the context of such research. It is emphasized that the issue of combating and preventing illegal enrichment as a separate crime in many parts of the world is started to be paid attention to when the UN Convention against Corruption was adopted. Meanwhile, countries that have ratified the Convention started to oppose this crime in different ways, therefore, the author divides them into two groups - those that made a specific accountability directly on illicit enrichment and those that did not. Inquiring the countries of the first group, the author states that it includes the countries with high and low levels of corruption, which indicate that responsibility for illicit enrichment is observed as a mechanism that can supplement the existing system of combating and preventing corruption, no matter how effective it is. The attention is paid to the differences in the understanding of the term "illicit enrichment" in the legislation of mentioned countries. The research of the

legislation of the second group provides us with the opportunity to understand why the countries refuse to establish a separate liability for illegal enrichment and use alternative means of combating crime. Moreover, some of these countries use the term "unjust enrichment" or "illegal enrichment" provided in their tax and civil legislation. It is emphasized that Ukraine, as a country that belongs to the first group, chooses one of the options for the disposition of the corresponding article of the Criminal Code that exists in foreign countries. In addition, Ukraine sustains the term "acquisition of assets", which in other countries doesn't exist.

The author observing the provisions of Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine that constitute criminal liability for illicit enrichment, carries out research of separately formed features of this crime, which, in the author's opinion, causes difficulties in the investigation of the crime. The problem of illegal levy in Ukraine remains out of research and the experience of the National Anti-Corruption Bureau detectives of Ukraine proves that the most difficulties that appear during investigation of the illegal enrichment are connected with the inefficiency of the Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine. Firstly, the attention is paid to the features of the term the subject of the crime. Furthermore, the author analyses some changes that has been stated in the subject formation during the existence in Ukraine of criminal liability for illicit enrichment. The correlation between the terms "an official person" and "a person who is authorized to perpetrate the functions of the state or local self-government" and the issue regarding the expediency of the introduction of the final term, is mentioned there. During the research of the objective side of the crime of "illegal enrichment", the attention has to be paid to some essential drawbacks in forming of this provision in Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine due to the activity of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine. The author tries to prove it analyzing the definition of the term "assets acquisition" which is formulated in the remark item 2 of the article, the problem of estimating incomes to establish the fact of their excess amount, the importance to take into account the income of the offender's family members. It is

analyzed the mental element of the crime in this research. The much attention is paid to the deliberate act as a feature of the mental element of illicit enrichment and in such context the provisions of Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine are compared with the provisions of Article 20 of the UN Convention against Corruption.

In addition, the author draws conclusions and suggests the idea of amending and improving Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine in the new editing.

Key words: corruption, illicit enrichment, criminal liability, crime, corruption criminal offense, illicit benefit, qualification, official, officials, martial law, abuse of official authority, official activity, professional activity, detective, law enforcement agencies.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Юрчишин І.Б. Генезис кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник», 2020. № 1(30). С. 182-187.

2. Юрчишин І.Б. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення: зарубіжний досвід правової регламентації. Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник», 2020. № 6(35). С. 180-187.

3. Юрчишин І.Б. Актуальні питання вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник», 2021. № 3(38). С. 76-84.

4. Остапчук Л.Г., Юрчишин І.Б. Актуальні питання вдосконалення заходів кримінально-правового впливу за незаконне збагачення у правовій системі України. Збірник наукових праць «Актуальні проблеми держави і права», 2024. № 104. С.66-75.

Опубліковані праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Юрчишин І. Б. Історія становлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти : матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції (м. Дніпро, 13 березня 2020 р.). Дніпро, 2020. С. 372-375.

2. Юрчишин І. Б. Актуальні питання вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Протидія злочинності і корупції: міжнародні стандарти та досвід України : збірник тез міжнародної науково-практичної конференції в рамках V Харківського міжнародного форуму (м. Харків, 22 вересня 2021 р.). Харків, 2021. С. 55-61.

3. Юрчишин І. Б. Характеристика суб'єкта складу злочину «незаконне збагачення». Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі : матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 09-10 грудня 2021 р.). Київ, 2021, С. 406-409.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	12
ВСТУП.....	13-22
РОЗДІЛ 1 ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ	23
1.1 Стан розробки проблеми кримінально-правової характеристики незаконного збагачення	23-45
1.2 Історія становлення та розвитку інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.....	46-60
1.3 Зарубіжний досвід криміналізації незаконного збагачення	61-75
Висновки до Розділу 1.....	75-79
РОЗДІЛ 2 ЮРИДИЧНИЙ АНАЛІЗ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ».....	80
2.1 Об’єктивні ознаки складу злочину «незаконне збагачення».....	80-120
2.2 Суб’єктивні ознаки складу злочину «незаконне збагачення».....	121-148
2.3 Особливості кваліфікації складу злочину «незаконне збагачення» та його відмежування від злочинів, що мають суміжний склад	149-163
Висновки до Розділу 2.....	163-168
РОЗДІЛ 3 ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ.....	169
3.1 Покарання за незаконне збагачення.....	169-183
3.2 Звільнення від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.....	184-191
Висновки до Розділу 3.....	191-193
ВИСНОВКИ.....	194-202
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	203-221
ДОДАТКИ.....	222-230

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

КК України – Кримінальний кодекс України

КПК – Кримінальний процесуальний кодекс України

КУпАП – Кодекс України про адміністративні правопорушення

КСУ – Конституційний Суд України

НАБ, Національне бюро – Національне антикорупційне бюро України

НАЗК – Національне агентство з питань запобігання корупції

ООН – Організація Об'єднаних Націй

САП – Спеціалізована антикорупційна прокуратура

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Розв'язання проблем, пов'язаних із запобіганням корупції, передбачає створення дієвого механізму, що здатен комплексно впливати на виклики, що виникають у цій сфері. Ефективність такого механізму, загалом, забезпечується ефективністю кожного окремого з його елементів, а також взаємодією з іншими елементами, що, в кінцевому рахунку, робить такий механізм цілісною системою. Одним з основних елементів зазначеного механізму в Україні, як і в багатьох державах світу, є кримінальна відповідальність за незаконне збагачення.

Незаконне збагачення, як протиправне явище, має місце в будь-якому суспільстві і державі, де існує навіть найнижчий рівень корупції. І це пов'язано, передусім, із тим, що основною ціллю корупціонерів є потреба незаконно збагатитись саме в результаті корупційних правопорушень. Здатність держави належним чином запобігати незаконному збагаченню, одночасно означає і її здатність запобігати корупції загалом, особливо в умовах збройної агресії російської федерації проти України, що розпочалася 2014 року та триває й досі.

Загроза, яку становить незаконне збагачення сьогодні, вже давно вийшла за межі конкретної держави чи держав і стала міжнародною. Результатом усвідомлення цього стало прийняття 31.10.2003 р. Організацією Об'єднаних Націй Конвенції проти корупції, стаття 20 якої спонукає держави-учасниці Конвенції визнавати злочином умисне незаконне збагачення.

Розуміючи проблему незаконного збагачення, держави постійно намагаються шукати нові і вдосконалювати існуючі методи запобігання цьому явищу. Сьогодні досвід запобігання незаконному збагаченню свідчить, що держави по-різному підходять до розв'язання цієї проблеми. Це зумовлено багатьма чинниками, які так чи інакше впливають на вибір форм і методів такої протидії. Ефективність останніх в кінцевому рахунку може оцінювати суспільство і, як результат, схвалювати чи ні державну політику у цій сфері.

Основними моделями запобігання незаконному збагаченню, що існують сьогодні у світі, є запобігання цьому явищу за допомогою встановлення кримінальної відповідальності безпосередньо за злочин незаконного збагачення, а також за допомогою встановлення кримінальної відповідальності за злочини, що в кінцевому рахунку призводять до незаконного збагачення злочинців.

Україна обрала перший варіант, закріпивши у Кримінальному кодексі України відповідальність за незаконне збагачення, що безпосередньо відповідає згаданій Конвенції ООН проти корупції.

Цілком зрозуміло, що результативність процесу притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, передусім, залежить від належного конструювання відповідної статті КК України, що, в свою чергу, повинно бути результатом глибокого наукового осмислення проблеми, а тому вимагає проведення ґрунтовних наукових досліджень.

Проблематика кримінально-правової характеристики незаконного збагачення досліджувалась тією чи іншою мірою вітчизняними і зарубіжними вченими, доробки яких використовувались у цьому дослідженні. Це, зокрема: Б. Безгинський, Д. Гарбазей, Н. Гачері Камунде, О. Гузоватий, І. Данєлене, О. Денєга, Г. Дордж, О. Дудоров, Д. Жалімас, К. Задоя, В. Киричко, М. Кочеров, Н. Кофеле-Кале, В. Кубальський, М. Мельник, В. Мисливий, Д. Михайленко, К. Мюллер, В. Навроцький, І. Панаїд, В. Тацій, Т. Тертиченко, Р. Трофименко, В. Тютюгін, М. Хавронюк, Н. Цоцорія, О. Шостко, І. Ясінь та ін.

Безумовно, зазначеними науковцями, особливо вітчизняними, зроблено чимало в напрямку наукового пошуку найбільш оптимальної для нашої країни моделі кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, що стало б потужною складовою у механізмі запобігання корупції.

Водночас, сьогодні, як вбачається, маємо дві основні проблеми: з одного боку, абсолютна більшість цих досліджень стосувалась статті 368-2 КК України, яка втратила чинність, а з іншого – сучасний етап діяльності Національного

антикорупційного бюро України свідчить, що нині чинна редакція ст. 368-5 КК України, що фактично замінила статтю 368-2, не здатна бути ефективним елементом в механізмі запобігання корупції в нашій державі, передусім, через її недосконале формулювання, що підвищує значимість і актуальність отриманих у ході дослідження результатів.

Враховуючи той факт, що судова та слідча практика притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення активно формується і не завжди досягає очікуваних суспільством результатів, можна стверджувати, що наукове дослідження кримінально-правової характеристики незаконного збагачення залишається актуальними і потребує подальшого розвитку.

Однак наявні наукові розробки безпосередньо не стосувалися вивчення кримінально-правової характеристики незаконного збагачення, а саме: вивчення особливостей кваліфікації незаконного збагачення та його відмежування від злочинів, що мають суміжний склад, дослідження заходів кримінально-правового впливу за незаконне збагачення, зокрема санкції за незаконне збагачення у національному законодавстві на предмет відповідності сучасному стану запобігання вчиненню корупційним злочинам та питання можливості запровадження інституту звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин.

Вирішення окресленого кола проблемних питань надасть можливість істотно вдосконалити теоретико-правові та організаційні засади запобігання незаконному збагаченню, значно посилити антикриміногенний вплив на різні форми його прояву.

Таким чином, безумовна важливість, актуальність і складність теоретичних та прикладних проблем запобігання незаконному збагаченню, а також необхідність розроблення практично спрямованих пропозицій і рекомендацій з удосконалення науково-прикладних засад запобігання цьому суспільно

небезпечному явищу зумовлюють необхідність проведення відповідного наукового дослідження.

Відтак, інститут кримінальної відповідальності за незаконне збагачення залишається ще недостатньо дослідженим і потребує відповідних зусиль наукової спільноти з його наукового обґрунтування, що головним чином і зумовлює актуальність теми дисертації.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертаційного дослідження ґрунтується на керівних положеннях Пріоритетних напрямків фундаментальних та прикладних наукових досліджень у галузі права, закріплених у Стратегії розвитку Національної академії правових наук України на 2021–2025 роки (затверджено Постановою загальних зборів НАПрН України від 26 березня 2021 р. № 12–21) та відповідає вимогам п. 2.8 Примірного переліку та опису предметних напрямів досліджень в межах спеціальності 081 Право (затверджено Наказом Міністерства освіти та науки України від 28 грудня 2018 р. № 1477).

Дисертація виконана в рамках тематик науково-дослідницької роботи кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології юридичного факультету Пенітенціарної академії України: «Права і свободи людини і громадянина та їх захист кримінально-правовими, кримінально-виконавчими засобами й системою заходів запобігання злочинам» (реєстраційний номер № 117u007206) та «Проблеми запровадження та застосування кримінально-правових засобів реагування в умовах реформування законодавства України про публічно-правову відповідальність» (реєстраційний номер № 0122U002480).

Тема дисертації затверджена вченою радою Національної академії Служби безпеки України (протокол № 13 від 03 грудня 2019 р.).

Мета і завдання дослідження. *Метою роботи є комплексне дослідження кримінально-правової характеристики незаконного збагачення та формулювання*

обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за цей злочин, як важливого елемента запобігання корупції в Україні.

Для досягнення поставленої мети були визначені і вирішені такі *завдання*:

- з'ясувати сучасний стан теоретичного дослідження кримінально-правової характеристики незаконного збагачення;

- вивчити історію становлення та розвитку інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в національному законодавстві;

- узагальнити зарубіжний досвід криміналізації незаконного збагачення;

- проаналізувати склад злочину «незаконне збагачення» у КК України;

- охарактеризувати особливості кваліфікації складу злочину «незаконне збагачення» та його відмежування від злочинів, що мають суміжний склад;

- надати характеристику заходів кримінально-правового впливу за незаконне збагачення в правовій системі України, зокрема санкції за незаконне збагачення у національному законодавстві на предмет відповідності сучасному стану запобігання корупційним злочинам та питання можливості запровадження інституту звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин;

- розробити науково-обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства з питань притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини у сфері регламентованої законодавством діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Предметом дослідження є кримінально-правова характеристика незаконного збагачення.

Методи дослідження становлять певну систему з урахуванням поставленої мети і завдань дослідження, його об'єкта й предмета.

Методологічною основою дисертації є сукупність загальнонаукових та спеціально-юридичних методів наукового пізнання.

Із загальнонаукових використовувалися системно-структурний, формально-логічний, історичний та інші. Зокрема, застосування *системно-структурного методу* дало змогу досліджувати об'єктивні і суб'єктивні ознаки злочину «незаконне збагачення» як системних складових механізму кримінальної відповідальності за цей злочин (підрозділи 2.1, 2.2). Також *системний метод* використовувався під час дослідження положень міжнародних конвенцій у сфері запобігання корупції, КК України в частині підстав для притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Формально-логічний метод* разом із такими методами і прийомами як дедукція, індукція, аналіз, синтез використовувався впродовж усього дослідження для формулювання належних висновків і висловлення відповідних пропозицій. Використання *історичного методу* дозволило дослідити історію становлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення як в Україні так і в правових системах інших держав (підрозділи 1.2, 1.3).

Із спеціально-юридичних методів автор застосовував: формально-юридичний, порівняльно-правовий, конкретно-соціологічний, юридичної герменевтики. Так, за допомогою *формально-юридичного методу* досліджувався категоріально-понятійний апарат, що використав законодавець під час формулювання кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, що дало змогу запропонувати низку пропозицій щодо вдосконалення змісту основних понять (підрозділ 2.1). *Порівняльно-правовий метод* дав змогу виявити позитивний досвід запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в зарубіжних країнах, і на основі цього запропонувати шляхи вдосконалення цього інституту в Україні (підрозділ 1.3, 2.1, 2.2, 3.1) Також цей метод дав можливість здійснити порівняння складу злочину «незаконне збагачення» з суміжними складами злочинів і провести між ними розмежування (підрозділ 2.3). *Конкретно-соціологічний метод* використовувався для проведення опитування детективів Національного антикорупційного бюро України стосовно

проблем, що виникають під час розслідування цього злочину, безпосередньо пов'язаних з недоліками чинної редакції статті 368-5 КК України. *Статистичний метод* використовувався для оброблення та узагальнення результатів анкетування, статистичних даних, при дослідженні матеріалів досудового розслідування, судової практики, даних державних інституцій щодо застосування статей 368-2 та 368-5 КК України (підрозділ 1.2, 2.1). *Метод юридичної герменевтики* використовувався для розуміння та тлумачення змісту законодавчого тексту, а також визначення прийомів його формулювання і сприйняття.

Емпіричну базу дослідження становлять результати: досудових розслідувань у кримінальних провадженнях за ст. 368-5 КК України № 52020000000000362, № 62023000000000227, № 42021000000001897, № 42022000000000676, № 42022000000001637, які здійснювалися детективами Національного антикорупційного бюро України, обвинувальні акти у яких скеровано на розгляд до Вищого антикорупційного суду, соціологічного опитування детективів Національного антикорупційного бюро України стосовно виявлення проблем під час здійснення досудового розслідування злочину «незаконне збагачення», а також труднощів пов'язаних із кримінально-правовою кваліфікацією цього кримінального правопорушення.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є комплексним дослідженням проблеми правової регламентації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у чинній редакції статті 368-5 КК України. Елементи наукової новизни відображаються у таких положеннях:

уперше:

- на основі комплексного дослідження складу злочину «незаконне збагачення» запропоновано нову редакцію ст. 368-5 КК України, яка стане

засобом належної імплементації до національного законодавства ст. 20 «Незаконне збагачення» Конвенції ООН проти корупції;

- обґрунтовано необхідність передбачення застосування за незаконне збагачення заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, а саме: штраф, конфіскацію майна та ліквідацію до юридичних осіб, які набули у власність активи за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування шляхом узгодження положень ст. 96-3 та ст. 96-6 КК України;

- запропоновано за наявності відповідних підстав застосування такого заохочувального заходу кримінально-правового впливу як звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України;

- констатовано необхідність одноразового спеціального добровільного декларування активів, подання т.зв. «нульової декларації» особами, які вперше набувають статусу осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

удосконалено:

- визначення поняття активи (частина 3 примітки до ст. 368-5 КК України), під яким пропонується розуміти кошти, у тому числі електронні гроші, інше майно, майнові та немайнові права, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, а також роботи і послуги, надані службовій особі;

- визначення суб'єкта кримінального правопорушення (пропонується усунути неузгодженості між положеннями Загальної та Особливої частин КК України, зокрема, між ст. 18 та ст.ст. 364, 368-5, а також ст. 368 та 368-5. Запропоновано у ст. 368-5 КК України кримінального правопорушення визначити так: у ч. 1 – службова особа (визначення, яке надане у примітці 1 до статті 364 КК України; у ч. 2 – службова особа, яка займає відповідальне становище (визначення, яке надане у примітці 1 до ст. 368 КК України); у ч. 3 – службова особа, яка займає особливо

відповідальне становище (визначення, яке надане у примітці 1 до ст. 368 КК України).

дістало подальшого розвитку:

- обґрунтування тези про пошук найоптимальнішої моделі кримінально-правової норми, передбаченої ст. 368-5 КК України, у якій буде дотриманий баланс між ефективністю правового інструменту запобігання корупції та гарантіями прав і свобод людини;

- обґрунтування тези про те, що склади злочинів, передбачені ст.ст. 368-5 та 368 КК України слід розмежовувати головним чином за такою ознакою об'єктивної сторони як суспільно небезпечне діяння, а склади злочинів, передбачені ст.ст. 368-5 та 209 КК України – за предметом та метою їх вчинення.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що вони використані в практичній діяльності Національного антикорупційного бюро України (акт впровадження Національного антикорупційного бюро України від 01 травня 2025 р.) та в освітньому процесі Національної академії СБ України (акт впровадження Національної академії СБ України від 25 жовтня 2021 р.).

Викладені в дисертаційному дослідженні положення, висновки і пропозиції також можуть бути використані:

- у сфері науково-дослідної діяльності – для подальших розробок інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення;

- у правотворчості – як теоретична основа для вдосконалення правової регламентації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення;

- у правозастосуванні – у практичній діяльності правоохоронних органів, і, зокрема Національного антикорупційного бюро України – для розв'язання окремих практичних питань, пов'язаних із виявленням, кваліфікацією та розслідуванням злочину «незаконне збагачення»;

- в освітньому процесі – для підготовки відповідних розділів навчальних посібників, підручників, курсів лекцій та спецкурсів кримінального права й процесу.

Апробація результатів дисертації. Основні положення та висновки дослідження оприлюднені автором у виступах на 3 міжнародних науково-практичних конференціях, зокрема: «Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти: IV Міжнародна науково-практична конференція» (м. Дніпро, 13 березня 2020 р.); «Протидія злочинності і корупції: міжнародні стандарти та досвід України: міжнародна науково-практична конференція в рамках V Харківського міжнародного форуму» (м. Харків, 22 вересня 2021 р.); «Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі: IV Міжнародна науково-практична конференція» (м. Київ, 09-10 грудня 2021 р.).

Структура та обсяг дисертації. Робота складається з анотації, переліку умовних позначень, вступу, трьох розділів, що містять 8 підрозділів, висновків, списку використаних джерел (152 найменування на 19 сторінках) та трьох додатків на 9 сторінках. Загальний обсяг дисертації становить 230 сторінок, із них основний текст дисертації – 202 сторінки.

РОЗДІЛ 1 ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ.

1.1 Стан розробки проблеми кримінально-правової характеристики незаконного збагачення.

Корупція сьогодні становить проблему, розв'язання якої для багатьох країн є надзвичайно актуальним питанням. Це повною мірою стосується України, високий рівень корумпованості у якій визнається керівництвом держави, міжнародними інституціями та незалежними антикорупційними організаціями [48].

Корупція безперечно є загрозою національній безпеці України, уповільнює економічний розвиток держави, що є відчутним бар'єром для надходження іноземних інвестицій, нівелює довіру населення до державних органів та органів місцевого самоврядування, а також судової системи. Крім того, масштаби корупційних проявів негативно позначаються на міжнародному іміджі України.

Низькою залишається також правова свідомість громадян: більшість із них не володіє достатніми знаннями про свої права, що сприяє випадкам неправомірного вимагання коштів з боку посадовців; незначна кількість громадян розуміє сутність антикорупційних заходів та ознайомена з відповідним законодавством. Більше того, громадяни часто навіть не розуміють сутність корупції, вважаючи нею будь-яку несправедливість [70].

Розбудова України як демократичної, правової держави, в якій визнається і діє принцип верховенства права, вимагає запровадження ефективної, передбачуваної та такої, що відповідала б правомірним очікуванням громадян України, антикорупційної політики для захисту конституційних цінностей, прав і свобод людини і громадянина [114, с. 4].

У рішенні Конституційного Суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо

відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (далі – Рішення КСУ) зазначається, що корупція є однією з основних загроз національній безпеці України, а протидія корупції має здійснюватися виключно правовими засобами з дотриманням конституційних принципів та приписів законодавства, ухваленого відповідно до Конституції України [115, с. 5].

Антикорупційна політика держави передбачає низку заходів та засобів (у тому числі, правового, економічного, організаційного змісту), які окремо та в сукупності мають бути ефективними та адекватними у боротьбі чи іншій протидії корупції [82, с. 3].

Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму Рішенні наголошує, що протидія корупції в Україні є завданням виняткового суспільного та державного значення, а криміналізація незаконного збагачення – важливим юридичним засобом реалізації державної політики у цій сфері [115, с. 17].

У відповідь на поширення корупції держави вдаються до різних, переважно інноваційних, підходів у сфері кримінально-правової політики з метою забезпечення невідворотності покарання за корупцію. Одним із таких заходів є криміналізація незаконного збагачення, в основі філософії якого, лежить неприйняття практики збільшення статків посадовця, яке не може бути розумно пояснене і яке відбулося під час перебування його чи її на посаді [84, с. 4-5].

Як свідчить практика багатьох країн, запровадження інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення не обмежується лише закріпленням відповідної статті у кримінальному кодексі. Цілком зрозумілим є те, що для розв'язання цієї проблеми необхідний комплексний підхід, що дасть можливість створити дієвий механізм притягнення винних осіб до відповідальності за цей злочин. Складовою частиною такого підходу повинні стати ґрунтовні наукові дослідження зазначеного інституту, що дало б можливість сформулювати необхідні

теоретичні передумови для подальшої практичної реалізації кримінальної відповідальності [144, с. 180].

Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення вже була предметом досліджень таких українських науковців, як: Б.Г. Безгинського, Д.О. Гарбазей, О.І. Гузоватий, О.П. Денег, О.О. Дудоров, К.П. Задоя, В.М. Киричко, М.В. Кочеров, В.Н. Кубальський, М.І. Мельник, В.А. Мисливий, Д.Г. Михайленко, В.О. Навроцький, І.В. Панаїд, В.Я. Тацій, Т.М. Тертиченко, Р.В. Трофименко, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, О.Ю. Шостко, І.М. Ясінь та ін.

Значну увагу дослідженню проблематики незаконного збагачення також приділяли і зарубіжні науковці та експерти, зокрема: І. Данелене, Г. Дордж, Д. Жалімас, Н. Кофеле-Кале, Н. Гачері Камунде, К. Мюллер, Н. Цоцорія та ін.

Зважаючи на це, на нашу думку, є необхідність у певному аналізі результатів сучасних досліджень, насамперед українських вчених, що дасть можливість зрозуміти їх актуальність та визначити напрями подальшого вивчення проблеми незаконного збагачення.

Серед найбільш комплексних наукових досліджень, проведених в Україні, передусім слід звернути увагу на дисертації М.В. Кочерова «Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)», (Державний науково-дослідний інститут Міністерства внутрішніх справ, 2013 рік), О.П. Денег «Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення», (Національна академія прокуратури України, 2015 рік), О.І. Гузоватого «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження)» (Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2016 рік), І.М. Ясінь «Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України» (Львівський державний університет внутрішніх справ, 2018 рік), Б.Г. Безгинського «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні» (Національна академія внутрішніх справ, 2022 рік) та І.В. Панаїда «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-5

Кримінального кодексу України)» (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2024 рік).

Усі перелічені дисертаційні дослідження, крім дисертацій Б.Г. Безгинського та І.В. Панаїда, ґрунтувалися на аналізі статті кримінально-правової норми у різних редакціях, якою було передбачено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-2 КК України), і яку Рішенням Конституційного суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019 визнано такою, що не відповідає Конституції України та було вилучено з законодавства України про кримінальну відповідальність. Водночас ми переконані, що значна частина результатів цих досліджень має важливе значення для наукової розробки відповідальності за незаконне збагачення, а окремі висновки, яких дійшли їх автори, залишатимуться актуальними ще досить тривалий час.

Дисертаційні дослідження Б.Г. Безгинського «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні» та І.В. Панаїда «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-5 Кримінального кодексу України)» присвячені дослідженню проблеми незаконного збагачення після відновлення кримінальної відповідальності за цей злочин.

Відтак, вважаємо за необхідне в межах даного дослідження розглянути основні результати цих наукових робіт.

Першим комплексним дослідженням проблеми відповідальності за незаконне збагачення була дисертація М.В. Кочерова «Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)», захищена у 2013 році.

Досліджуючи історію запровадження в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні автор доходить висновку про те, що поява цієї статті у вітчизняному кримінальному законі, зумовлена насамперед збільшенням масштабів корупції в державі, визнанням її на державному рівні однією із головних загроз національній безпеці та демократії в

Україні, а лише потім – ратифікацією Україною міжнародних документів і рекомендаціями міжнародних інституцій.

Вивчаючи стан кримінально-правової заборони незаконного збагачення службових осіб у кримінальних кодексах зарубіжних країн М.В. Кочеров вважає, що є підстави стверджувати про доцільність застосування іноземного досвіду у розв'язанні цього питання.

Науковець також висловив власну позицію щодо об'єкта незаконного збагачення. Зокрема, він вважає, що основним безпосереднім об'єктом незаконного збагачення є суспільні відносини, які виникають у зв'язку та під час здійснення службовою особою правомірної діяльності, тобто в межах і відповідно до нормативно-правових актів, а додатковим обов'язковим об'єктом – авторитет органів влади і місцевого самоврядування та ділова репутація державних, комунальних підприємств, установ, організацій. Додатковим факультативним безпосереднім об'єктом злочину можуть виступати права та інтереси громадян чи юридичних осіб.

Окремої уваги вчений приділив вивченню питання запобігання незаконному збагаченню. Більшість сформульованих ним заходів залишаються актуальними і сьогодні. Серед них відзначимо: запровадження системи моніторингу ефективності антикорупційного законодавства; об'єднання зусиль органів влади, науково-дослідних установ і громадськості щодо подальшого реформування антикорупційного законодавства, ефективного його застосування; розробка дієвих механізмів фінансового контролю, в тому числі удосконалення механізму декларування доходів, витрат і зобов'язань фінансового характеру та реєстрації інтересів службових осіб; підвищення якості системи добору кандидатів на посади публічної служби, ретельна перевірка ділових та моральних якостей таких осіб для недопущення призначення на посади, пов'язані з виконанням функцій держави, людей нечесних, корисливих, безвідповідальних; забезпечення постійного

контролю за належністю виконання службовими особами покладених на них обов'язків; пропаганда антикорупційної діяльності.

Наступною науковою роботою є дисертація О.П. Денегі «Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення», захищена у 2015 році.

Досліджуючи загальнотеоретичні положення кримінальної кваліфікації автор робить важливі висновки відносно кваліфікації саме незаконного збагачення.

Зокрема, аналізуючи думки науковців О.П. Денегі доходить висновку, що підставами кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення є: 1) фактичні підстави тобто наявні та належним чином зафіксовані відомості про діяння особи, що мають значення для кримінально-правової кваліфікації та в ідеалі об'єктивно відображають дійсність, є повністю достовірними, а також 2) юридичні підстави, які він поділяє на: основні – положення кримінального закону, в яких фіксується склад злочину та загальні правила, відповідно до яких відбувається взаємодія учасників кримінальних правовідносин, та додаткові – норми галузевого законодавства, правові принципи, рішення вищих судових інстанцій тощо) [42, с. 77].

Такий поділ, на нашу думку, дозволяє певною мірою структурувати процес, який позначається як кримінально-правова кваліфікація, що позитивно впливатиме на його результат.

Звертає на себе увагу також дослідження автором методології кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення. Слушно зазначається, що при здійсненні поглибленого вивчення методології кваліфікації незаконного збагачення важливим є врахування сутності незаконного збагачення, що повинне розглядатися як корупційне правопорушення. При цьому, дисертант пропонує поділяти методи кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення на загально-наукові, спеціальні та власно-юридичні, пояснюючи яким чином такі методи можуть бути використані [42, с. 78].

Досить ґрунтовно автор підійшов і до дослідження чинників, що визначають соціальну зумовленість криміналізації діяння щодо незаконного збагачення як одного із основних корупційних злочинів. Серед усіх він виділяє найбільш важливі і групує їх таким чином: 1) соціальні чинники – виявляються у постійному зростанні рівня порушення прав людини і громадянина в різноманітних галузях правовідносин, поглибленні соціальної нерівності, зростанні соціального невдоволення, відсутності реалізації/неповної реалізації заходів, спрямованих на підвищення рівня забезпечення прав людини і громадянина через застосування державою додаткових заходів фінансування соціального захисту населення тощо; 2) економічні чинники – полягають передусім в уповільненні темпів економічного зростання, гальмуванні процесу розвитку приватного підприємництва, зниженні інвестиційної привабливості держави, відсутності позитивного впливу фінансових потоків, що рухаються відповідно до корупційних схем, на національну економіку тощо; 3) державотворчі чинники – поєднують у собі: зниження рівня ефективності роботи державних органів у цілому та погіршення якості виконання публічно-сервісних функцій зазначеними органами, нераціональний та/або нецільовий розподіл та використання державних коштів, втрата політичної легітимності влади тощо; 4) організаційні чинники – впливають на соціальну зумовленість криміналізації діяння щодо незаконного збагачення і зазвичай стосуються факторів, що демонструють причини та особливості ускладнення організації запобігання корупційним явищам [42, с. 78].

Ми переконані, що сама наявність стількох чинників свідчить про необхідність саме комплексного підходу до розв'язання проблеми запобігання корупції загалом та з незаконним збагаченням зокрема. Водночас, ми вбачаємо, що виділені автором чинники можуть також розглядатися як додаткові підстави для криміналізації відповідальності за незаконне збагачення.

Досліджуючи кримінально-правову кваліфікацію незаконного збагачення за об'єктом О.П. Денега аналізує наукові позиції зарубіжних і вітчизняних авторів стосовно необхідності і можливості введення окремої норми, яка б передбачала кримінальну відповідальність за незаконне збагачення і відповідала б диспозиції статті 20 Конвенції ООН проти корупції.

Передусім автор зазначає, що міжнародна норма, закріплена статтею 20 Конвенції, викликала багато дискусій серед багатьох країн світу в цілому, та серед зарубіжних та вітчизняних вчених зокрема. Він доходить висновку, що існує дві позиції щодо вказаної норми: одна сторона вважає, що норма, встановлена міжнародно-правовим актом, порушує принцип презумпції невинуватості, і саме тому, великою кількістю країн, які ратифікували Конвенцію Організації Об'єднаних Націй не було введено у власне законодавство норму щодо незаконного збагачення, а інша, відповідно, має протилежну до першої позицію [42, с. 86].

Водночас О.П. Денега підкреслює, що серед іноземних дослідників є ті, які відмічають позитивний вплив введення цієї норми на рівень корумпованості у різних країнах світу.

Досліджуючи зазначені протилежні думки, а також правові позиції Управління Організації Об'єднаних Націй та Європейського Суду з прав людини О.П. Денега доходить важливого висновку, про те, що світовий досвід вказує на можливість поєднання класичних принципів права з необхідністю запобігання корупції.

Окрім того, О.П. Денега на основі відповідного аналізу висвітлює і власне бачення цього питання.

Звертає на себе увагу і підхід автора до дослідження категорії суспільної небезпеки незаконного збагачення. Зокрема, він зазначає, що досліджуючи кримінально-правову кваліфікацію незаконного збагачення за об'єктом, він встановлює, на який саме об'єкт (об'єкти) посягає відповідний злочин що, в свою

чергу, дає можливість чітко визначити ступінь суспільної небезпеки цього кримінально-караного діяння [42, с. 81-82]. При цьому автор підкреслює, що встановлення саме безпосереднього об'єкту незаконного збагачення надає змогу визначити суспільну небезпечність зазначеного злочину [42, с. 101].

Спираючись на загальні положення кримінального права, О.П. Денег розуміє під безпосереднім об'єктом незаконного збагачення ті конкретні соціальні цінності, які поставлені законодавцем під охорону відповідної статті Особливої частини Кримінального кодексу України і яким заподіюється шкода злочином, що підпадає під ознаки конкретного складу злочину [42, с. 102]. Знову ж таки розглядуваним об'єктом виступають виключно певні соціальні цінності. Водночас, на цьому рівні вони не мають загального чи групового (родового) характеру, а є конкретними, тобто включені законодавцем як об'єктивний елемент одного злочину – незаконного збагачення. При цьому він посилається на слушну думку В.Я. Тація, який, розглядаючи традиційні структурні елементи суспільних відносин, такі як: суб'єкти (носії) відносин, предмет, з приводу якого існують відносини і соціальний зв'язок як зміст відносин» [129, с. 10] акцентує увагу саме на останній складовій. Саме її встановлення допомагає правильно зрозуміти сутність безпосереднього об'єкта незаконного збагачення.

Так, у зазначених правовідносинах зовні такий соціальний зв'язок відображається в діяльності службових осіб, яка спрямована на забезпечення порядку функціонування органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Такий порядок діяльності суб'єктів, їх права та обов'язки щодо неї визначені законодавством України. У разі порушення порядку здійснення такої діяльності шкода об'єкту заподіюється шляхом невиконання чи неналежного виконання покладених на суб'єктів цих відносин обов'язків. Таким чином, здійснюється розрив соціального зв'язку, тим самим порушується порядок діяльності державних структур, що призводить до створення умов для незаконного збагачення державних чиновників, що в кінцевому результаті тягне за

собою спричинення істотної шкоди охоронюваним інтересам окремих громадян, суспільства та держави в цілому. Власне окреслений соціальний зв'язок, між учасниками суспільних відносин складає сутність безпосереднього об'єкта незаконного збагачення, вважає О.П. Деніга [42, с.103].

В подальшому автор деталізує зазначені положення використовуючи відомий поділ безпосереднього об'єкта на основний та додатковий, а додаткового – на обов'язковий та факультативний.

Незважаючи на прийняття нової кримінально-правової норми, якою передбачено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (ст. 368-5 КК України), теоретичні висновки до яких дійшов О.П. Деніга у своєму дисертаційному дослідженні, зокрема щодо визначення суспільної небезпеки та безпосереднього об'єкту незаконного збагачення, на нашу думку, не втратили своєї актуальності та матимуть важливе значення для подальшого дослідження кримінально-правової норми, яка регламентує кримінальну відповідальність за незаконне збагачення.

Досліджуючи питання суб'єкта незаконного збагачення О.П. Деніга пропонує власне визначення цього поняття. Важливою складовою цього визначення, на наш погляд, є твердження про те, що суб'єктом є особа, яка вчинила зазначений злочин, перебуваючи на посаді чи у статусі пов'язаному з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, а відповідні посада/статус наведені в кримінально-правовій нормі як обов'язкова умова наявності цього складу злочину [42, с. 171]. Тобто, таким чином, ним було деталізовано поняття особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Важливу наукову цінність має виділення в роботі особливих характеристик спеціальних суб'єктів незаконного збагачення, які притаманні всім посадам. Це такі, як: 1) зайняття певної посади та/або наявність статусу, які дають змогу здійснювати конкретну діяльність, уособлюючи при цьому частину функцій

держави чи місцевого самоврядування; 2) одержання заробітної плати чи іншої форми законної винагороди за рахунок бюджетних коштів або коштів підприємств, установ, організацій, які утримуються за рахунок бюджетних коштів; 3) вид діяльності осіб, які є суб'єктами незаконного збагачення, має особливо важливе суспільне значення, зокрема щодо належного функціонування органів публічної адміністрації; 4) суб'єкти незаконного збагачення наділені певним набором повноважень, що, з одного боку, дає можливість ефективно функціонувати державному апарату та апаратам місцевого самоврядування, задовольняючи потреби громадян, а з іншого, створює небезпеку недобросовісного використання наведених повноважень у власних інтересах чи інтересах третіх осіб, усупереч інтересам публічної служби [42, с. 171].

Хоча деякі з зазначених характеристик мають дискусійний характер, ці висновки дисертації закладають важливий фундамент для подальших наукових розробок відповідних положень.

Наступною роботою, яка є предметом нашого розгляду, є захищена у 2016 році дисертація О.І. Гузоватого за темою «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження)», що також, безумовно, стало важливим кроком наукової розробки проблеми незаконного збагачення як кримінально-караного діяння.

Досліджуючи сучасний стан проблеми встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення О.І. Гузоватий виділяє низку проблем, що існували на той час на шляху встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення [37, с. 79]. Водночас, на сьогодні вказані проблеми якщо не повною то, принаймні, значною мірою розв'язані завдяки прийняттю нової норми, якою встановлено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-5 КК України).

Але цілком зрозуміло, що у процесі правозастосування статті 368-5 КК України виникатимуть проблеми, які потребуватимуть розв'язання

спираючись на ґрунтовні наукові дослідження. Практика діяльності правоохоронних органів і безпосередньо Національного антикорупційного бюро України, детективи якого уповноважені здійснювати досудове розслідування кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368-5 КК України, свідчить про те, що нині виникають змістовно інші перешкоди на шляху як встановлення так і розв'язання загалом проблеми притягнення до відповідальності за цей злочин, відтак, вони потребують дослідження з метою виявлення і формування шляхів подолання, про що мова ще піде у відповідному розділі нашого дослідження.

Досить актуальними залишаються виділені вченим підстави криміналізації незаконного збагачення, якими, на його думку, є: 1) суспільна небезпечність незаконного збагачення; 2) соціальна, політична, правова необхідність у кримінально-правовій охороні суспільних відносин у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; 3) соціально-психологічна, соціально-економічна підстави [37, с. 79].

При цьому, автором детально досліджуються перша та друга підстави, а третій приділено значно менше уваги.

Ми, цілком погоджуємось з тим, що суспільна небезпечність, як зазначається в дисертації, є найголовнішою та необхіднішою підставою криміналізації діяння [37, с. 39], особливо враховуючи масштабність впливу корупційних правопорушень на суспільні відносини в Україні, а необхідність у кримінально-правовій охороні відповідних суспільних відносин є логічним наступним кроком після встановлення суспільної небезпеки, а тому вони названі основними підставами криміналізації. Водночас, як вбачається, додаткові підстави криміналізації, якими слушно названі соціально-психологічні та соціально-економічні [37, с. 44], також потребують глибокого дослідження, оскільки дають можливість повною мірою усвідомлювати соціальну зумовленість криміналізації незаконного збагачення.

Окремої уваги у роботі приділено кримінальній відповідальності за незаконне збагачення в деяких іноземних державах. В цьому зв'язку вважаємо за необхідне зазначити, що досвід іноземних держав стосовно запобігання корупції загалом та незаконному збагаченню зокрема, є вкрай важливим сьогодні в Україні, яка перебуває на шляху до обрання оптимальної моделі створення дієвого механізму притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, адже дає можливість проаналізувати основні переваги та недоліки існуючих в іноземних державах підходів до розв'язання цього питання та врахувати це під час побудови власного підходу.

У роботі О.І. Гузоватий, дослідивши законодавчі акти досить значної кількості країн, намагається виділити спільні для них риси, стосовно того яким чином законодавець цих держав імплементував положення ст. 20 «Незаконне збагачення» Конвенції ООН проти корупції у своє національне законодавство.

Автор об'єднує держави за трьома територіальними групами і встановлює, що більшість європейських країн, так само як і США, які приєдналися до Конвенції ООН проти корупції у напрямку реалізації положень щодо запобігання незаконному збагаченню, окремо не встановили кримінальної відповідальності за неї, на відміну від України. Натомість азіатські країни та більшість країн Південної Америки зробили це. При цьому дослідник наводить окремі аргументи, якими користувався законодавець в зазначених країнах [37, с. 80].

Як вбачається, такий підхід є певним логічним продовженням дослідження позицій науковців в різних зарубіжних країнах, що здійснював у своїй дисертації О.П. Деніга.

У дослідженні О.І. Гузоватим об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину незаконного збагачення звертає увагу проведення автором розмежування між незаконним збагаченням та злочинами із суміжним складом. Зокрема, автор порівнює незаконне збагачення з такими злочинами, як: прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 КК

України); підкуп працівника підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою (ч. ч. 3, 4 ст. 354 КК України); легалізація (відмиванням) майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 209 КК України); декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України). Також автор проводить розмежування з правопорушенням, передбаченим ст. 172-5 КУпАП, тобто порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків.

Висновки, сформульовані в результаті такого порівняння безумовно є актуальними і сьогодні і здатні допомогти практичним підрозділам правоохоронних органів під час кваліфікації відповідних діянь.

Ще одним дисертаційним дослідженням, присвяченим проблемі незаконного збагачення, є робота І.М. Ясінь «Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України», захищена у 2018 році.

Вивчаючи стан дослідження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в кримінальному праві України на той момент І.М. Ясінь зазначає, що у дисертаціях О.П. Денегі, О.І. Гузоватого та В.М. Кочерова стан дослідженості відповідної проблеми не був представлений як окрема структурна частина. Не сформульовані названими авторами й відповідні висновки, що стосуються стану дослідженості кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, в тому числі кримінально-правової кваліфікації цього злочину. Лише деякі наукознавчі аспекти наводилися в наукових статтях, присвячених окремим граням кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення і покарання за цей злочин. Тому є підстави вважати, що наукознавче дослідження незаконного збагачення в науці кримінального права України на сьогодні є фрагментарним [150, с. 15]. Водночас, авторка зазначає, що інститут кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової та професійної діяльності, до яких належить і незаконне збагачення, не обділений увагою в науці кримінального права [150, с. 16]. Проте, проблема соціальної зумовленості введення та існування

в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення ґрунтовно в українській кримінально-правовій науці не осмислена [150, с. 17].

Досліджуючи наукові доробки вітчизняних авторів І.М. Ясінь доходить висновку, що все ж існують окремі проблеми, які стосуються кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення за законодавством України, які науковці досліджували фрагментарно, або взагалі не досліджували. Так, якщо призначенню місця статті про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення приділено достатньо уваги у коментарях, наукових статтях та підручниках, то співвідношення таких складів злочинів як, наприклад, легалізація доходів одержаних злочинних шляхом та незаконного збагачення, є мало дослідженим у кримінально-правовій літературі [150, с. 20].

На думку вченої, виходячи з вивчення існуючих щодо незаконного збагачення наукових праць можна стверджувати, що не спостерігається дискусій щодо таких характеристик складу незаконного збагачення як: наявність додаткового безпосереднього об'єкта; існування суспільно небезпечного діяння в складі незаконного збагачення в двох альтернативних формах, які передбачені в диспозиції чинної на той час ст. 368-2 КК України; суб'єктом злочину є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; з суб'єктивної сторони незаконне збагачення характеризується умисною формою вини [150, с. 20-21].

Однак, як підкреслюється у дисертації, більшість аспектів проблеми кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є дискусійними. У теорії кримінального права і практиці застосування законодавства немає єдності думок і підходів щодо визначення змісту ознак об'єкта, об'єктивної сторони, і суб'єкта досліджуваного складу злочину. Проаналізувавши праці, що безпосередньо стосуються кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, можна виокремити низку проблем, які привернули увагу вчених, але не отримали однакового вирішення. Це, зокрема: визначення безпосереднього об'єкта складу

незаконного збагачення; розмір предмета незаконного збагачення; оптимальне описання суспільної небезпеки діяння в диспозиції чинної на той момент ст. 368-2 КК України; розмежування названого складу злочину зі складами інших корупційних злочинів, відмежування його від складів адміністративних правопорушень, які вчиняються у сфері службової діяльності, а також визначення співвідношення між ними; місце статті про незаконне збагачення в системі кримінально-правової протидії корупційним злочинам; реалізація кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в контексті принципу презумпції невинуватості [150, с. 21]. В подальшому зазначені питання отримали розгляд з боку вченої в інших розділах дисертації.

Важливим, на наш погляд, є і висновок авторки, якого вона дійшла в результаті дослідження соціальної зумовленості існування статті про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Зокрема, приділивши окремої уваги дослідженню не лише соціальних, а й соціально-психологічних підстав для кримінально-правової заборони, що, як зазначалось нами вище, не отримало належної уваги у дисертації О.І. Гузоватого, дисертантка зазначає, що оцінюючи характер та ступінь суспільної небезпеки злочину, передбаченого чинною на той час ст. 368-2 КК України, як одну з підстав криміналізації незаконного збагачення встановлено, що він зумовлений такими факторами як: порушення відносин у сфері діяльності осіб уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування щодо законності підстав набуття активів у власність. Так, схильність до незаконного способу життя таких осіб підвищує соціальну напругу у суспільстві та збільшує соціальну нерівність громадян; порушує відносини у сфері економіки, зокрема, відсутність прогресивних реформ у сфері економіки та нестабільність її розвитку, через наявність корупційної складової у всіх сферах суспільного життя, призводить до зменшення доходів громадян України, і як наслідок, підвищення рівня бідності. Тож, характер та ступінь

суспільної небезпеки незаконного збагачення є цілком достатнім для існування відповідної кримінально-правової заборони [150, с. 55].

Також необхідно, на наш погляд, підкреслити і розділ дисертації, де структурно розглянуті правила кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення, зокрема співвідношення загальних, типових і видових правил кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення, окремо досліджено видові правила, що відрізняє роботу від інших комплексних досліджень. І хоча більшість з видових правил, сформульованих авторкою, втратили актуальність, у зв'язку з тим, що статтю 368-2 КК України визнано такою, що не відповідає Конституції України згідно з Рішенням КСУ № 1-р/2019 від 26.02.2019, сам підхід дисертантки до розв'язання цього аспекту кримінально-правової кваліфікації складу злочину, на нашу думку, залишається достатньо актуальним.

Серед ґрунтовних праць, присвячених проблемі незаконного збагачення, слід також згадати і монографію О.І. Гузоватого та О.О. Титаренко «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні та деяких зарубіжних країнах», опубліковану в 2018 році [39].

В цій роботі продовжено дослідження питань, що розглядались у дисертації О.І. Гузоватого, про яку ми говорили вище, а також вивчено інші питання, що є складовими частинами проблеми відповідальності за незаконного збагачення, зокрема, приділено окремої уваги історичному досвіду регламентації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. В останньому автори дослідили положення низки документів, починаючи з періоду існування Руської правди і закінчуючи періодом незалежності України, а також торкнулись історичних документів та практики інших країн.

Нажаль, після вжиття законодавцем заходів спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення та доповнення КК України статтею 368-5, сучасний стан кримінальної відповідальності за незаконне збагачення на дисертаційному та монографічному рівнях залишається

малодослідженим, що свідчить про відсутність і сьогодні комплексного підходу до розв'язання означеної проблеми.

Крім того, аналіз наявних наукових досліджень дає можливість стверджувати, що і до прийняття статті 368-5 КК України такого підходу не було. Наявність комплексного підходу, на нашу думку є вкрай важливою, особливо зважаючи на те, що законодавець в Україні знаходиться в пошуку оптимальної моделі створення дієвого механізму притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Ми переконані, що саме вироблення професійною спільнотою, передусім науковцями, узгодженої ефективної моделі, яка б ґрунтувалася на такому комплексному підході та враховувала кращі практики зарубіжних країн дало б змогу законодавцю уникнути правових колізій у прийнятій статті 368-5 КК України, про які детально йтиметься у наступних розділах роботи, та надало б можливість ефективно застосовувати вказану правову норму на практиці.

Цілком зрозуміло, що питанням кримінальної відповідальності за незаконне збагачення присвячено достатньо багато і наукових статей. Як зазначає І.М. Ясінь, посилаючись на відповідні джерела в своїй дисертації, на момент її написання в кримінально-правовій літературі порушувалися такі питання, що стосуються незаконного збагачення: незаконне збагачення як склад злочину у міжнародному кримінальному праві; підстави криміналізації незаконного збагачення за кримінальним правом України; сутність і види об'єкта незаконного збагачення; фізична, економічна і юридична ознаки предмета незаконного збагачення; дії, які становлять об'єктивну сторону незаконного збагачення; обстановка вчинення цього злочину, як важлива складова конструкції об'єктивної сторони незаконного збагачення; деякі проблеми кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення; обґрунтування визначення незаконного збагачення як значного збільшення активів державної посадової особи, що перевищує її законні доходи, які вона не може раціонально обґрунтувати; стадії вчинення незаконного

збагачення; обґрунтування пропозицій пом'якшення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення; регламентація юридичних наслідків вчинення незаконного збагачення; місце відповідної норми в системі кримінально-правової протидії корупції; шляхи удосконалення правового механізму протидії незаконному збагаченню; пов'язаність зміни редакції диспозиції статті про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення в Україні з незапланованою законодавцем декриміналізацією низки суспільно небезпечних корупційних діянь незаконного збагачення; співвідношення норми про незаконне збагачення за національним та міжнародним правом незаконного збагачення; допустимість і доцільність перегляду змісту принципу презумпції невинуватості у зв'язку з введенням до КК України статті, яка регламентує кримінальну відповідальність за незаконного збагачення [150, с. 18-19].

До зазначеного переліку вважаємо за необхідне додати також і такі питання, як соціальна зумовленість доцільності криміналізації незаконного збагачення [41]; незаконне збагачення у законодавстві зарубіжних країни [38]; історичні аспекти становлення та розвитку відповідальності за незаконне збагачення [72].

Окремим з означених питань також буде приділено увагу і в цьому дисертаційному дослідженні.

Не менш важливим є аналіз дисертації Б.Г. Безгинського «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні», яка захищена у 2022 році.

Безгинський Б.Г. у своєму дисертаційному дослідженні доходить слушного висновку, що первинна редакція кримінально-правової норми незаконного збагачення в Україні стала результатом імплементації ст. 20 «Незаконне збагачення» визначеної в Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції [24, с. 34]. Надалі у роботі надається характеристика зміни цієї кримінально-правової норми у хронологічному порядку.

Аналізуючи зарубіжний досвід кримінальної відповідальності за незаконне збагачення Безгинський Б.Г. слушно наголошує, що зарубіжне законодавство не є

більш досконале, ніж вітчизняне, та що його досягнення необхідно повністю перенести в Україну [24, с. 63].

Також науковець намагається надати характеристику об'єктивним та суб'єктивним ознакам незаконного збагачення цього злочину в законодавстві іноземних держав. Проте, на нашу думку, такий підхід є досить поверхневим та недостатньо обґрунтованим, оскільки науковець ставив перед собою за мету дослідити питання встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в зарубіжних країнах, а не досліджувати та порівнювати ознаки цього злочину у законодавстві цих держав.

Надаючи характеристику предмету незаконного збагачення, Безгинський Б.Г. визначає криптовалюту як складову нематеріальних активів. В той же час далі зазначає про криптовалюту як категорію електронних грошей [24, с. 81]. Підсумовуючи, Б. Г. Безгинський пропонує криптовалютою вважати: цифрові нематеріальні активи, які представляють собою систему розрахунків, обміну на певні товари (послуги) з використанням електронної платформи, що має постійно змінну грошову вартість [24, с. 83]. На нашу думку, криптовалюту дійсно варто відносити до категорії електронних грошей, проте дискусійним питанням залишається на практиці правоохоронних органів доказування набуття у власність активів у вигляді криптовалюти до врегулювання правового статусу на законодавчому рівні.

Безгинський Б.Г. пропонує доповнити спосіб набуття активів незаконного збагачення не лише правом розпорядження, але і правом володіння та користування. На нашу думку, це твердження є хибним, оскільки право розпорядження активом складає зміст права власності, тобто належні конкретному власнику правомочності володіння, користування та розпорядження своїм майном. Ця тріада правомочностей належить у сукупності тільки власнику.

На нашу думку, цілком слушними пропозиціями Безгинського Б.Г. є перебачити у санкції ст. 368-5 КК покарання у вигляді конфіскації активів, а також

визначити кваліфікованим складом незаконного збагачення: ті самі дії, вчинені особами, які займають відповідальне становище та особливо кваліфікованим складом: ті самі дії, вчинені особами, які займають особливо відповідальне становище [24, с. 143].

Ще однією комплексною науковою роботою, яка присвячена дослідженню проблематики кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є дисертація І.В. Панаїда на тему «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-5 Кримінального кодексу України)», яка захищена у 2024 році.

Панаїд І.В. виділяє два протилежні погляди на місце і роль кримінально-правової заборони незаконного збагачення у вітчизняній науці кримінального права та в практиці застосування кримінального закону та робить висновок, що переважно така заборона розглядається як загальна, резервна до спеціальних норм кримінального закону, які передбачають відповідальність за корупційні злочини, коли встановлено, що незаконне збільшення активів відбулось шляхом учинення суспільно небезпечних дій, незаконність яких визначається на момент їх вчинення. Разом з тим, слушно зазначає про потенціал цієї норми, який криється та використовується в контексті ст. 20 Конвенції ООН проти корупції саме як завершальний рубіж боротьби з корупційними кримінальними правопорушеннями [88, с. 42].

Варто погодитися з думкою Панаїда І.В., що володіння значними майновими активами, які службовець не може пояснити є тим індикатором, що дозволяє презюмувати раніше вчинені службовцем корупційні діяння, завдяки яким і були накопичені такі активи, але які залишилися латентними, а сама норма про незаконне збагачення покликана забезпечити кримінально-правове реагування держави на латентні корупційні злочини [88, с. 43].

Надаючи характеристику об'єкту незаконного збагачення, Панаїд І.В. слушно зазначає, що хоча розглядуване кримінальне правопорушення і є корупційним і розміщене в розділі XVII Особливої частини КК України, проте

фактично норма кримінального закону про відповідальність за незаконне збагачення охороняє суспільні відносини не лише від корупційних злочинів, а й інших злочинних посягань, пов'язаних з можливістю отримання незаконного доходу, вчинених службовими особами, уповноваженими на виконання функцій держави і місцевого самоврядування, які визначені в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». Завдяки латентності такі злочини не завжди виявляються правоохоронними органами і в такому разі саме розглядувана норма кримінального закону покликана забезпечити реалізацію принципу невідворотності кримінально-правового реагування держави на відповідне правопорушення [88, с. 60].

Варто погодитися з думкою Панаїда І.В., що безпосередній об'єкт кримінального правопорушення «незаконне збагачення» є ширшим ніж родовий об'єкт правопорушень, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України [88, с. 60].

Досліджуючи предмет незаконного збагачення, Панаїд І.В. у своєму дисертаційному дослідженні вказує на необхідності незалежної оцінки віртуальних активів з метою визначення реальної вартості для протидії неконтрольованому використанню активу на шкоду суспільним інтересам шляхом визначення і декларування його реальної вартості [88, с. 86]. У нашому дослідженні ми доходимо висновку, що до цього часу законодавство не містить чіткого визначення правового статусу та регулювання обігу криптовалюти в Україні, тому доцільно використовувати термін «віртуальні активи». Схожої думки у своїй роботі дотримується й Панаїд І.В.

Досліджуючи об'єктивну сторону кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368-5 КК України Панаїд І.В. наголошує на нетрадиційному підході законодавця до формулювання диспозиції цієї статті, зокрема до використання терміна «набуття» [88, с. 94]. У нашому дослідженні

також звертається увага на проблемність використання цього терміну та пропонується нова редакція диспозиції до статті 368-5 КК України.

Панайд І.В. у своїй роботі вдало зазначає критерії підтвердження зв'язку реального власника з активом, що були перевірені практикою застосування Вищого антикорупційного суду у справах, що стосувалися цифільної конфіскації необґрунтованих активів, предмет доказування яких відповідає змісту диспозиції ст. 368-5 КК України [88, с. 105].

Варто не погодитися з висновком Панаїда І.В., що висока початкова порогова межа предмета незаконного збагачення дозволяє сконцентрувати ресурси правоохоронних органів на боротьбу з дійсно значним незаконним збагаченням та убезпечує громадян від невиправданого втручання в їх права [88, с. 128]. На нашу думку, існуюча редакція статті 368-5 КК України зменшує кількість потенційних кримінальних проваджень про незаконне збагачення, натомість ми обґрунтовано пропонуємо зменшити цей поріг до однієї тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Водночас, погоджуємося з висновком Панаїда І.В., що положення частини 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 та необхідністю виключення цього пункту з примітки до ст. 368-5 КК України [88, с. 130].

Усі вищевказані наукові дослідження мають актуальне для юридичної науки науково-прикладне значення та сприяють розробці комплексної науково-правової характеристики кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні.

1.2 Історія становлення та розвитку інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення – один з правових інструментів боротьби з корупцією в загальному механізмі протидії цьому негативному явищу, який, безперечно, характеризується потужним превентивним та каральним антикорупційним потенціалом і органічно пов'язаний та кореспондується з обов'язком держави боротися чи іншим чином протидіяти корупції [115, с. 2].

Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення є одним із фундаментів поточної антикорупційної політики та інституційної реформи у сфері боротьби з корупцією в Україні [84, с. 11].

Варто погодитися з твердженням судді КСУ Первомайського О.О., який зазначає, що кримінальна відповідальність у сфері корупційних правопорушень є *ultima ratio* в протидії корупції, тобто останнім правовим засобом державного примусу [82, с. 3].

Поряд з цим, антикорупційна політика держави не повинна обмежуватися виключно запровадженням заходів державного примусу, до яких можна віднести криміналізацію незаконного збагачення, а перш за все бути спрямована на:

- формування суспільної свідомості щодо неприйнятності корупції або іншими словами утвердження нульової толерантності до корупції;
- реалізацію заходів превенції у сфері запобігання корупції;
- антикорупційне реформування інститутів держави та суспільства.

Таким чином, кримінальну відповідальність за незаконне збагачення можна визначити як один з правових інструментів та суворий засіб державного примусу в загальному механізмі протидії корупції який характеризується потужним превентивним та каральним антикорупційним потенціалом і органічно пов'язаний

та кореспондується з обов'язком держави боротися чи іншим чином протидіяти корупції, а також є одним із фундаментів поточної антикорупційної політики та інституційної реформи у сфері боротьби з корупцією в Україні [144, с. 153].

Ми переконані, що Україна перебуває ще на шляху становлення та розвитку кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Водночас, хоча цей шлях ще і не такий тривалий, але по-своєму унікальний і вже має свою історію.

Аналіз різних подій, якими супроводжувався процес становлення та розвитку відповідальності за вказаний злочин дає можливість, на нашу думку, поділити його на п'ять етапів. За основу поділу на такі етапи взято хронологічний критерій від появи терміну «незаконне збагачення» у законодавстві України до подальшої еволюції статей 368-2 та 368-5 у КК України.

До першого етапу (2006 рік) слід віднести ратифікацію Україною 18.10.2006 р. Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 р. (далі – Конвенція або Конвенція ООН проти корупції).

Відповідно до пункту 1 статті 5 Конвенції «Кожна Держава-учасниця, згідно з основоположними принципами своєї правової системи, розробляє й здійснює або проводить ефективну скоординовану політику протидії корупції, яка сприяє участі суспільства і яка відображає принципи правопорядку, належного управління державними справами й державним майном, чесності й непідкупності, прозорості й відповідальності» [53].

Стаття 20 Конвенції встановлює: «За умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати» [53].

На підставі ч. 1 ст. 9 Конституції України Конвенція вважається частиною українського законодавства [55]. З огляду на те, що укладення Україною

міжнародного договору, який суперечить її Конституції, є можливим лише після внесення відповідних змін до Конституції (ч. 2 ст. 9 Конституції України), а при ратифікації цієї Конвенції ніхто не порушив питання про потребу вносити у зв'язку з цим зміни до Конституції, то є юридичні підстави вважати приписи ст. 20 Конвенції (як норми українського законодавства) такими, що відповідають Конституції України. Отже, імплементацію ст. 20 Конвенції в українське кримінальне законодавство було здійснено з «дотриманням національної конституції», «основоположних принципів національної юридичної системи» та в рамках «принципів і норм Конституції України» [80, с. 11].

Таким чином, Україна як Держава-учасниця Конвенції розпочала розгляд можливості криміналізації незаконного збагачення «за умови дотримання своєї Конституції та основоположних принципів своєї правової системи».

Початок другого етапу (2011-2013 роки), на нашу думку, припадає на першу спробу гармонізації кримінального законодавства до вітчизняної правової системи відповідальності за незаконне збагачення, що відбулось у 2011 році. КК України було доповнено статтею 368-2 згідно зі змінами, внесеними Законом України (далі – Закон) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» № 3207-VI від 07.04.2011.

Зокрема, ч. 1 ст. 368-2 КК України незаконне збагачення визначалося як одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва (незаконне збагачення).

Диспозиції ч. 2 та ч. 3 ст. 368-2 КК України визначали кримінальну відповідальність за незаконне збагачення якщо його предметом була неправомірна вигода у великих та особливо великих розмірах.

Також стаття 368-2 КК України містила примітку, відповідно до якої неправомірною вигодою у значному розмірі вважаються грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те

підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову, на суму, що перевищує сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, у великому розмірі – на суму, що перевищує двісті неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, в особливо великому розмірі – на суму, що перевищує п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [95].

У цьому випадку, як слушно зазначає В.О. Навроцький, «кримінальний закон сам зобов'язує проводити розмежування між злочинами, передбачаючи відповідальність за певними статтями КК України лише при відсутності ознак інших посягань» [74, с. 477].

На думку О.О. Дудорова, без зазначення у КК України такої юридичної конструкції як «за відсутності ознак хабарництва», було зрозуміло, що встановлення причинного зв'язку між одержанням неправомірної вигоди і дією (бездіяльністю) службової особи з використанням свого службового становища (тобто ознаки об'єктивної сторони складу злочину «одержання хабара») мало виключати застосування статті КК України про відповідальність за незаконне збагачення, а інтереси боротьби з корупцією навряд чи вимагали встановлення кримінальної відповідальності за одержання службовою особою неправомірної вигоди, зокрема «за встановлення дружніх стосунків», «про всяк випадок», «за встановленою хибною практикою», якщо відповідне ставлення з боку службової особи не виражається в діях чи бездіяльності з використанням свого службового становища [45, с. 130].

До другого етапу можна також віднести зміни до диспозиції та санкції статті 362-2 КК України, а також примітки до неї, які вносилися двічі, згідно з Законами № 221-VII від 18.04.2013, № 222-VII від 18.04.2013.

Зокрема, згідно з Законом № 221-VII від 18.04.2013 примітку до статті 368-2 КК України викладено у такій редакції: «під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав», а в

абзаці першому частини першої статті 368-2 термін «хабарництво» був замінений на «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» [97].

Зміни до статті 368-2, внесені згідно з Законом № 221-VII від 18.04.2013 передбачали доповнення санкції статті 368-2 КК України, запроваджували вид покарання як «конфіскація майна» та такий захід кримінально-правового характеру як «спеціальна конфіскація» [99].

На думку О.О. Дудорова, у період чинності наведеної вище редакції кримінально-правової заборони щодо незаконного збагачення в судовій практиці зазвичай визнавалось, що ст. 368-2 і ст. 368 КК України співвідносяться між собою як загальна і спеціальна норми, а передбачені ними діяння є проявами кримінально караної корупції. Дудоров О.О. зазначає, що насправді співвідношення вказаних статей КК України не підпадало під поняття конкуренції кримінально-правових норм, а дозволяло говорити про передбачені цими статтями КК України суміжні склади злочину [45, с. 130].

Варто також вказати, що Верховний Суд України сформував правову позицію щодо правозастосування ст. 368-2 і ст. 368 КК України. Згідно з ухвалою Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 09.04.2015 № 5-5кс15, суд дійшов висновку, що при розмежуванні норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених частиною другою статті 368 КК України у редакції від 18 квітня 2013 року та статтею 368-2 КК України у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 року, необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну від незаконного збагачення) завжди зумовлено вчиненням (невчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. При незаконному збагаченні така зумовленість відсутня, бо як одержання неправомірної вигоди, так і передача її

близьким родичам не пов'язані зі схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій з використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб [133].

Третій етап (2014-2015 роки) ми пов'язуємо з появою тексту статті 368-2 у нових редакціях, згідно із Законами № 1698-VII від 14.10.2014 та № 198-VIII від 12.02.2015.

Так, 14.10.2014 Верховна Рада України (далі – ВРУ) ухвалила Закон № 1698-VII «Про Національне антикорупційне бюро України», прикінцевими положеннями до якого було передбачено внесення зміни до законодавчих актів України, зокрема текст ст. 368-2 КК України викладено у новій редакції.

Проаналізувавши вимоги законодавства на той час можна дійти висновку, що вказана редакція статті 368-2 КК України з'явилася у зв'язку з прийняттям та набранням чинності Закону України «Про запобігання корупції» № 1700-VII від 14.10.2014, створенням нової системи антикорупційних органів, а також повноцінним запуском системи електронного декларування [147, с. 373].

Згідно з ч. 1 ст. 368-2 КК України у редакції згідно з Законом № 1698-VII від 14.10.2014 незаконне збагачення визначалося як 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.

Диспозиції ч. 2 та ч. 3 ст. 368-2 КК Україна встановлювали кримінальну відповідальність за незаконне збагачення як діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне становище та вчинені службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище.

Примітка 1 та 2 містила відсилочні норми до положення Закону України «Про запобігання корупції», де визначаються поняття «особи, уповноважені на

виконання функцій держави або місцевого самоврядування», а також визначається розмір значного перевищення доходів особи [104].

Через нетривалий проміжок часу, у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» № 198-VIII від 12.02.2015 текст статті 368-2 КК України викладено у новій редакції.

Таким чином, протягом зазначеного періоду законодавець змінив деякі юридичні конструкції, зокрема термін «майно» на більш ширше поняття «активи», а кримінальна відповідальність за незаконне збагачення наставала у разі, коли законність підстав набуття активів не було підтверджено доказами. Зміни стосувалися також того, що передача таких активів могла здійснюватися будь-якій іншій особі, а не тільки близьким родичам, як це було передбачено у попередній редакції статті 368-2 КК України [147, с. 373].

Згідно з ч. 1 ст. 368-2 КК України у редакції згідно із Законом № 198-VIII від 12.02.2015 незаконне збагачення визначалося як 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 [96].

Диспозиції ч. 2 та 3 цієї статті встановлювали кримінальну відповідальність за незаконне збагачення як діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне становище та вчинені службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище [96].

Примітка 1 містила відсилочні норми на положення Закону України «Про запобігання корупції», де визначаються поняття «особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», примітка 2 та 3 до вказаної статті передбачала, що розуміється під активами у значному розмірі, а також визначала розмір значного перевищення доходів особи [96].

У зв'язку з удосконаленням інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні, були внесені зміни до санкції статті 368-2 згідно із Законом № 770-VIII від 10.11.2015, які скасували такий захід кримінально-правового характеру як «спеціальна конфіскація» [99].

Сліденко І.Д. вказує на прагматичний аспект появи цієї норми, який пов'язаний з тим, що стаття 368-2 у новій редакції була прийнята у 2015 році на хвилі створення нової системи антикорупційних органів. Поява цієї норми була необхідна для повноцінного запуску системи електронного декларування, що в свою чергу, було однією з умов отримання Україною безвізового режиму з ЄС. Аналогічна вимога була висунута і для продовження співпраці України з кредиторами, зокрема і з Міжнародним валютним фондом [83, с. 6].

На думку Сліденка І.Д., зазначена норма повинна була стати бар'єром на шляху корупції в публічній сфері, насамперед в політиці. Її призначення полягало в тому, щоб під загрозою кримінального покарання публічні особи відмовлялися від підкупу в тих чи інших формах осіб, які бажають незаконним шляхом вплинути на прийняття політичних або адміністративних рішень на свою користь [83, с. 6].

Четвертій етап (2019 рік) пов'язаний з Рішенням Конституційного Суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019, відповідно до якого статтю 368-2 КК України, було визнано такою, що не відповідає Конституції України, що, зрозуміло, унеможливило притягнення до відповідальності осіб, стосовно яких вже були зареєстровані кримінальні провадження [115].

Відповідно до зазначеного рішення Конституційний Суд України вважає, що стаття не відповідає вимозі юридичної визначеності як складової конституційного принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України), не узгоджується з конституційним принципом презумпції невинуватості (ч. 1, 2, 3 ст. 62 Конституції України) та з конституційним приписом щодо неприпустимості притягнення

особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (ч. 1 ст. 63 Конституції України) [115].

Варто зазначити, що вказане рішення КСУ викликало гучний резонанс не тільки в Україні. Так, голова правління Transparency International Делія Феррейра Рубіо звернула увагу на існування системних законодавчих проблем в Україні. На її погляд, якщо ці проблеми не будуть вирішені і справи про незаконне збагачення залишаться без розгляду, значна кількість антикорупційних досягнень в державі стануть марними, а безвізовий режим з Європейським Союзом та фінансова допомога МВФ можуть бути заморожені, що в свою чергу загрожуватиме економічному розвитку країни [78].

На думку тодішнього надзвичайного та повноважного посла США в Україні Марі Йованович, Рішення КСУ щодо скасування статті про незаконне збагачення є серйозним відступом у боротьбі з корупцією в Україні. Воно послаблює антикорупційну архітектуру України, включаючи створений зараз Вищий антикорупційний суд та Національне антикорупційне бюро України [32].

Незважаючи на реакцію соціуму в Україні та в західних демократіях, яка полягає в різкій критиці, вказане рішення КСУ є обов'язковим, остаточним та таким, що не може бути оскаржено, а стаття 368-2 КК України була вилучена з КК України.

В окремій думці стосовно Рішення Сліденко І.Д. наголошує, що Рішення призвело до визнання статті 368-2 КК України такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною). При цьому було не лише визнано неконституційними формулювання складу злочину у редакції 2015 року, а й скасовано караність такого діяння, звільнено підозрюваних і обвинувачених у незаконному збагаченні осіб від кримінальної відповідальності. Якщо норма про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення буде повернута до КК України, вона не матиме зворотної сили. Таким чином, на думку Сліденка І.Д.,

екстремальний підхід КСУ зруйнував практику роботи системи новостворених антикорупційних органів [83].

Для того щоб зрозуміти хоча б частково наслідки такого рішення КСУ варто звернути увагу на статистичні дані щодо правозастосування кримінально-правової норми про незаконне збагачення правоохоронними органами України.

За даними Офісу Генерального прокурора в Україні протягом 6 років (строк, протягом якого в різних редакціях діяла стаття 368-2 КК України) правоохоронними органами зареєстровано 435 кримінальних проваджень щодо фактів незаконного збагачення, з яких закрито – 154, у тому числі 153 – за пунктами 1 (відсутність події кримінального правопорушення), 2 (відсутність в діянні складу кримінального правопорушення), 4 (набрання чинності закону, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчиненою особою), 6 (існує вирок по тому самому обвинуваченню, що набрав законної сили, або постановлена ухвала суду про закриття кримінального провадження по тому самому обвинуваченню) ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України [110].

При цьому, підстави, передбачені п. 1 та 2 ч. 1 ст. 284 КПК України, відносять до так званих «реабілітуючих», тобто таких, за якими особа визнається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення, відновлюється її репутація, гідність, а також тягне за собою відшкодування (компенсацію) шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду [131].

Підстави, передбачені п. 4 та 6 ч. 1 ст. 284 КПК України, відносять до так званих «нереабілітуючих», які означають, що стосовно особи зібрано достатньо доказів для підозри у вчиненні кримінального правопорушення, однак через певні обставини кримінальне провадження щодо цієї особи виключається. Така особа не

вправі вимагати відшкодування матеріальної чи моральної шкоди, яка була їй завдана в процесі розслідування [131].

Таким чином, в Україні кожне третє кримінальне провадження закрито з підстав, що реабілітують особу, стосовно якої у правоохоронного органу виникли підозри у її незаконному збагаченні.

За даними Офісу Генерального прокурора, протягом 6 років (січень 2013 - лютий 2019) досудове розслідування здійснювалося стосовно 8 осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, передбачені статтею 368-2 КК України. Тож увесь цей час правоохоронцями велися так звані «фактові» справи, у яких оголошено підозру лише 8 особам. Тобто розслідувались факти незаконного збагачення невстановлених осіб [110].

З огляду на статистичні дані, надані Державною судовою адміністрацією України, в Україні з 2011 року за вчинення злочину, передбаченого статтею 368-2 КК України, засуджено 32 особи, виправдано судами 2 особи, кримінальні провадження щодо 4 осіб закрито судами [110].

Таким чином, з 435 кримінальних проваджень (кількість яких, цілком вірогідно, є дещо більшою, оскільки Офіс Генерального прокурора надав дані, починаючи з 2013 року) лише 32 завершилися обвинувальними вироками суду. З огляду на рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 усі засуджені реабілітовані [110].

Крім того, за інформацією Національного антикорупційного бюро України (далі – Національне бюро) станом на 28 березня 2019 року детективи НАБУ і прокурори Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (далі – САП) були змушені закрити кримінальні провадження за статтею 368-2 КК України. Йдеться про повне закриття 27 кримінальних проваджень і 38 – в частині ст. 368-2 КК України. Загальна сума статків, законність походження яких досліджували детективи НАБУ у цих справах, становила понад 500 млн грн [89].

Також цікавими видаються статистичні показники у прив'язці до тієї чи іншої редакції диспозиції статті 368-2 КК України. Так, за даними Державної судової адміністрації України, усі засуджені за незаконне збагачення (32 особи) притягалися до кримінальної відповідальності за Законом, який діяв до внесення змін до статті 368-2 КК України від 12 лютого 2015 року. Однак, не ця редакція статті 368-2 КК України слугувала підставою для конституційного подання 59 народних депутатів України щодо відповідності цієї норми Конституції України (конституційності) [110].

У Рішенні зазначається, що при визначенні злочином такого діяння, як незаконне збагачення, треба обов'язково враховувати конституційні положення, якими встановлено принципи юридичної відповідальності, права і свободи людини і громадянина, а також їх гарантії. За приписами статей 62, 63 Конституції України законодавчим формулюванням складу такого злочину, як незаконне збагачення, не можна: покладати на особу обов'язок підтверджувати доказами законність підстав набуття нею у власність активів, тобто доводити свою невинуватість; надавати стороні обвинувачення право вимагати від особи підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів; уможливлювати притягнення особи до кримінальної відповідальності лише на підставі відсутності підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів [115].

Варто погодитися з думкою Шевчука С.В., який вважає, що до цього переліку слід додати такі критерії, що впливають з антикорупційного конституційного принципу: незаконне збагачення має охоплювати всі речові права, які можуть набувати особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, внаслідок корупційної діяльності; злочин незаконного збагачення повинен мати характер продовжуваного злочину (цим усувається ризик у неконституційної ретроактивності і забезпечується дотримання

принципу *crime does not pay*); формулювання має чітко визначати умисність цього злочину [84].

Крім того, Шевчук С.В. зазначає, що законодавець повинен ретельно і виважено підійти до формулювання поняття «злочин незаконного збагачення» [84].

П'ятий етап (2019 рік). Враховуючи, що відсутність кримінальної відповідальності за незаконне збагачення нівелювало роль системи електронного декларування у попередженні та виявленні корупції, а в суб'єктів декларування були відсутні правові перешкоди для декларування незаконно набутого майна, з метою дотримання Україною взятих на себе міжнародних зобов'язань, законодавець вжив заходів спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за вказаний злочин. КК України був доповнений статтею 368-5 згідно із Законом «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» № 263-IX від 31.10.2019.

Завданням зазначеного закону є відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а також запровадження інституту стягнення в дохід держави необґрунтованих активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Згідно з прийнятим законом, під незаконним збагаченням розуміється 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.

Частина 1 примітки до статті 368-5 містить відсилочні норми на положення Закону України «Про запобігання корупції», де визначаються поняття «особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування».

Частина 2 примітки визначає, що розуміється під «набуттям активів», у частині 3 зазначено, що слід розуміти під «активами», частина 4 примітки визначає, що розуміється під «законними доходами особи».

У частині 5 примітки до статті 368-5 КК України зазначається, що при визначенні різниці між вартістю набутих активів та законними доходами 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 [97].

Варто зазначити, що міжнародна спільнота та українські експерти у сфері антикорупційної політики одностайно вітали відновлення в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Так, у своїй заяві Світовий банк зазначив, що вітає закон, який заповнює критичні прогалини в основних принципах протидії корупції в Україні, надавши НАБУ і САП потужний правовий інструмент у боротьбі з корупцією серед чиновників [122]. Схожу позицію висловило Посольство США в Україні вказавши у своїй заяві, що вітає підписання президентом Володимиром Зеленським законопроекту № 1031, який криміналізує незаконне збагачення та запроваджує механізм цивільної конфіскації [91].

На нашу думку, відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у жовтні 2019 році було ідеальним моментом для держави втілити в життя механізм одноразового спеціального добровільного декларування активів, тобто подання особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування та іншими фізичними особами, так званої «нульової декларації». Це стало б своєрідною точкою відліку легалізації активів, після чого запроваджується можливість притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення або цивільної конфіскації таких активів.

Більше того, будь які негативні наслідки у вигляді закриття кримінальних проваджень щодо незаконного збагачення на той час були відсутніми, адже всі

кримінальні провадження за статтею 368-2 КК України були вже закриті з огляду на рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019.

Ми переконані, що будь яка особа, яка вперше стає суб'єктом вчинення кримінального правопорушення «незаконне збагачення» має мати право подати «нульову декларацію».

За результатами проведеного нами анкетування 71,2 % (124 особи) з усіх респондентів по шкалі від 1 до 10 (де 1 – неефективне, а 10 – 100% ефективне) вважають ефективним з точки зору протидії корупції встановлення окремої кримінальної відповідальності за незаконне збагачення (від 7 до 10), 21,2 % (37 осіб) ефективність встановлення окремої кримінальної відповідальності за незаконне збагачення оцінюють від 4 до 6, решта респондентів – 7,7 % (13 осіб) від 1 до 3 (додаток Б).

Таким чином, з моменту запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення і по сьогоднішній день кримінально-правова норма «незаконне збагачення» шість разів зазнавала змін, на підставі Рішення КСУ визнана неконституційною та знову відновлена у новій статті 368-5 КК України. Така ситуація пояснюється в тому числі і тим, що, як було зазначено, законодавець перебуває в пошуку найоптимальнішої моделі вказаної кримінально-правової норми, яка б з одного боку була ефективним правовим інструментом запобігання корупції, а з іншого – враховувала конституційні положення, якими встановлено принципи юридичної відповідальності, права і свободи людини і громадянина, а також їх гарантії, що дало б можливість уникнути виникнення підстав для визнання її неконституційною.

З іншого боку, така досить велика кількість змін, яких зазнав інститут кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за свій відносно невеликий час існування, свідчать про те, що у суспільства і держави ще не сформувалась спільна позиція щодо того який саме вигляд повинна мати сама норма, що встановлює відповідальність за цей злочин.

1.3 Зарубіжний досвід криміналізації незаконного збагачення.

У підрозділі 1.1. ми звертали увагу на те, що більшість науковців, які досліджували питання незаконного збагачення у своїх дисертаційних дослідженнях підкреслювали доцільність використання зарубіжного досвіду у розв'язанні проблеми незаконного збагачення. Цілком зрозуміло, досвід зарубіжних країни не може бути використаний шляхом простого копіювання і запозичення існуючих в цих країнах моделей. Питання в тому, щоб у такому досвіді виокремити ті складові, які б могли бути ефективними в нашій державі, з урахуванням особливостей національної правової системи та практики діяльності правоохоронних органів, і, відтак, стати частиною власної правової моделі запобігання незаконному збагаченню.

Зарубіжний досвід запобігання незаконному збагаченню включає, на нашу думку, дві складові – правову та організаційну. В свою чергу, правову можна поділити на частину, що регламентує власне кримінальну відповідальність за цей злочин і ту, що визначає процедуру розслідування та притягнення до відповідальності за нього. В межах даного дослідження, що зумовлено його предметом, ми будемо розглядати тільки першу з двох останніх. Водночас це зовсім не означає, що інші частини є менш важливими. Ні і більш того, досить часто саме регулювання процесу організації запобігання незаконному збагаченню і досвід діяльності в цьому напрямку правоохоронними органами впливає на подальшу зміну регламентації самої відповідальності. Але ці питання потребують окремого вивчення і можуть стати предметом інших наукових досліджень.

Отже, нашу увагу буде приділено передусім міжнародним та національним правовим актам, що становлять ядро правової регламентації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Розуміння змісту незаконного збагачення, як дійсно важливої проблеми, почало з'являтися наприкінці 70-х років ХХ століття. Першою серед міжнародних організацій, яка визначила невідповідність доходів і видатків посадовців займаним посадам, виконуваним функціям як незаконне збагачення та необхідність його криміналізації, стала Організація Американських Держав.

У статті 9 Міжамериканської конвенції проти корупції зазначається, що: «Відповідно до своєї Конституції і основних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця, що ще не зробила цього, повинна вжити необхідних заходів для встановлення за своїм законодавством як злочину суттєвого збільшення майна урядового чиновника, що він не може зрозуміло пояснити у відношенні до його законних заробітків під час здійснення своїх функцій» [73]. Лише дві (США та Канада) з 33 країн, що підписали та ратифікували Міжамериканську конвенцію проти корупції, відмовилися визнавати як окремий склад злочину «незаконне збагачення» [50].

Докорінно інший підхід до розуміння терміну «незаконне збагачення» містить Конвенція Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею. Згідно зі ст. 1 Конвенції, незаконним збагаченням визнається значне збільшення активів не лише державної посадової особи, яке він або вона не може раціонально обґрунтувати по відношенню до його або її доходу, а й будь-якої іншої особи. Тобто априорі, у випадку наявності у громадянина майна значно більшого за його офіційні доходи незалежно від належності до державної служби, це буде визнаватися актом корупції та вимагатиме відповідного розслідування [30, с. 86].

На відміну від зазначених вище конвенцій, на теренах європейського континенту в рамках Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, складеної на основі ст. К. 3 (2) (с) Договору про Європейський Союз, яка стосується посадових осіб Європейських Співтовариств або посадових осіб держав-членів Європейського Союзу, взагалі відсутні будь-які згадки про таке кримінальне діяння як «незаконне збагачення» [30, с. 86].

У 2003 році на загальносвітовому рівні була прийнята Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (далі – Конвенція або Конвенція ООН проти корупції), ст. 20 якої встановлює можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи та які вона не може раціонально обґрунтувати, за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи [53]. Хоча відповідальність за згаданий злочин існувала в деяких країнах і до прийняття Конвенції, але саме з цього моменту питанню запобігання незаконному збагаченню як окремому злочину почали приділяти відповідну увагу у значній частині країн світу.

На національному рівні поняття незаконного збагачення, як злочину, вперше було введено в Аргентині у 1964 році. Того ж року аналогічне поняття було запроваджене в Індії. У 1971 році в Гонконзі незаконне збагачення («володіння майном незрозумілого походження») було криміналізоване Указом про запобігання хабарництву, який з того часу з успіхом виконується [30, с. 13].

Протягом 20 років після встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Аргентині та Індії кількість країн, які впровадили аналогічні склади злочину стрімко зростала і на початок 2020 року їх нараховувалось вже більше 50.

Однак, як показує досвід країн світу, що використовують кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, цей захід не є панацеєю у боротьбі з корупцією. Відсутність консенсусу в цьому питанні також підтверджується вказаними міжнародно-правовими документами. Зокрема, у статті 20 Конвенції ООН проти корупції 2003 року і статті 9 Міжамериканської конвенції проти корупції 1996 року зазначено, що за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи держави можуть визнати умисне незаконне збагачення як злочин, а згідно зі статтею 8 Конвенції

Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею 2003 року така криміналізація можлива за умови дотримання «положень внутрішнього права» [84, с. 5-6].

Досвід свідчить, що інститут незаконного збагачення спочатку запроваджувався у державах, де на момент його впровадження спостерігався високий рівень корупції та низький рівень доходів громадян, а окремі посадові особи органів державної влади мали величезні статки, які неспівмірні із їхніми офіційними доходами як державних службовців. Водночас, слід підкреслити, що сьогодні серед країн, які визнали необхідність запровадження зазначеного інституту, є і держави з досить низьким рівнем корупції, такі, наприклад, як Бельгія і Данія.

Загалом серед країн, які встановили кримінальну відповідальність за незаконне збагачення є: Алжир, Ангола, Антигуа і Барбуда, Аргентина, Бангладеш, Бельгія, Бутан, Болівія, Ботсвана, Бруней, Вірменія, Данія, Китай, Окремий адміністративний район Гонконг, Окремий адміністративний район Макао, Колумбія, Коста-Рика, Киргистан, Куба, Еквадор, Арабська Республіка Єгипет, Сальвадор, Ефіопія, Габон, Гайана, Гондурас, Індія, Ямайка, Ліван, Литва, Лесото, Мадагаскар, Малаві, Малайзія, Мексика, Молдова, Монголія, Непал, Нікарагуа, Нігер, Пакистан, Панама, Парагвай, Перу, Філіппіни, Руанда, Сенегал, Сьєрра-Леоне, Уганда, Україна, Венесуела, Західний берег р. Йордан та Сектор Гази [69].

Вважаємо, що в межах даного дослідження немає потреби аналізувати всі країни, що мають відповідний досвід, і в цьому, як вбачається, немає необхідності, оскільки в законодавстві багатьох держав можна знайти спільні риси у питанні, що нас цікавить. Відтак, необхідним, на нашу думку, є розгляд положень законодавства тих країн, які дають можливість усвідомити чітку різницю у підходах до розв'язання означеної проблеми.

Розглядаючи досвід держав, які ратифікували Конвенцію ООН проти

корупції, передусім вважаємо, що їх можна поділити на дві групи – ті, що встановили окрему відповідальність безпосередньо за незаконне збагачення і ті, що цього не зробили.

У першій групі необхідно звернути увагу, на те, що законодавство держав, які ратифікували Конвенцію ООН проти корупції по-різному визначає диспозиції відповідної статті, що свідчить про відмінності у розумінні змісту поняття «незаконне збагачення».

Так, у Литовській Республіці, кримінальна відповідальність за незаконне збагачення була введена до Кримінального кодексу 2010 року. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Литовській Республіці передбачена ст. 189-1 Кримінального кодексу, відповідно до якої особа, якій належить право власності на майно, вартість якого перевищує 500 мінімальних прожиткових мінімумів (приблизно 19 000 євро), і яка, водночас, усвідомлює або мала чи могла усвідомлювати, що таке майно не могло бути придбане з використанням законного доходу, карається штрафом, або арештом, або позбавленням волі на строк до чотирьох років. Особа, яка приймає майно, зазначене в частині 1 цієї статті, від третіх сторін, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, якщо він/вона повідомить про це правоохоронні органи до того, як йому/їй буде вручено повідомлення про підозру, і якщо він/вона активно співпрацює у визначенні походження майна». Таке майно підлягає обов'язковій конфіскації. Якщо вартість майна менша за встановлене мінімальне значення, то особа мусить сплатити податки на активи й може бути покарана в адміністративному порядку штрафом у розмірі від 10 до 50 відсотків від вартості майна. Згідно зі статтею 190 КК Литовської Республіки, законний дохід, зазначений у статті 189-1, означає дохід, одержаний від діяльності, не забороненої законодавчими актами, незалежно від того, обліковується він чи ні в порядку, встановленому законодавчими актами [30, с. 13-14].

Криміналізація незаконного збагачення представляє новий правовий

інструмент для правоохоронних органів Литви, який був значною мірою заснований на вимогах Конвенції ООН проти корупції, що передбачає здійснення такого правового заходу. Хоча Конвенція була, безсумнівно, важливим фактором створення підстав для вказаних розробок, необхідність розширення сфери застосування конфіскації майна і конфіскації незаконно набутих активів були рушійною силою політичної волі підтримати поправки до Кримінального кодексу. У той же час новий злочин незаконного збагачення представляє значні труднощі для слідчих органів з прокуратурою, а також судів [9].

В цьому випадку слід також звернути увагу на те, що на відміну від України, де Конституційний Суд у рішенні від 26.02.2019 № 1-р/2019 визнав норму статті 368-2 «Незаконне збагачення» неконституційною, рішенням Конституційного Суду Литовської Республіки статтю про незаконне збагачення було визнано такою, що відповідає конституції цієї держави, а також здійснено обґрунтований аналіз на її відповідність принципам верховенства права і презумпції невинуватості [83, с. 13].

Королівство Данія вже не один рік поспіль очолює рейтинг країн світу, що укладається організацією Transparency International і визнається поряд із Фінляндською Республікою та Королівством Швеції країною із найнижчим рівнем корупції [7].

Безпосередньо кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Данії передбачена ст. 144 Кримінального кодексу Данії, відповідно до якої будь-яка особа, яка при виконанні обов'язків данської державної служби, іноземної держави або міжнародної організації незаконно отримує, вимагає або приймає обіцянку подарунка або інші привілеї, карається позбавленням волі на будь-який термін, що не перевищує шести років, або, за пом'якшуючих обставин, до покарання у виді штрафу [125].

Не менш значущим для нас є досвід Королівства Бельгії. Кримінально-правова боротьба з корупцією тут є одним з державних пріоритетів, визначених в

«Національному плані з безпеки». Законом «Про боротьбу з корупцією» внесені до кримінального та податкового кодексів Бельгії положення щодо протидії незаконному збагаченню, які передбачають, у тому числі, і кримінальну відповідальність за невідповідність придбаного майна офіційним, щорічно декларованим доходам [125].

Таким чином, приєднання Бельгії до Конвенції у 2007 р., не потягло за собою жодних доповнень чи змін до національного законодавства для реалізації ст. 20 Конвенції [5]. Вказане пояснюється тим, що на момент ратифікації законодавство Бельгії вже мало кримінально-правову основу для запобігання незаконному збагаченню.

Так, окрема норма про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення у законодавстві Республіки Молдова з'явилася лише у 2014 році. Стаття 330-2 Кримінального кодексу Республіки Молдова встановлює, що «володіння посадовою чи публічною особою, особисто або через третіх осіб, майном, вартість якого істотно перевищує отримані ним кошти і щодо якої встановлено на підставі доказів, що воно не могло бути отримане законним шляхом, - карається штрафом в розмірі від 6000 до 8000 умовних одиниць або позбавленням волі на строк від 3 до 7 років з позбавленням в обох випадках права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років», а «те саме діяння, вчинене особою, яка обіймає відповідальну державну посаду, - штрафом в розмірі від 8000 до 10000 умовних одиниць або позбавленням волі на строк від 7 до 15 років з позбавленням в обох випадках права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років» [83, с. 12].

Надалі розглянемо досвід Китайської Народної Республіки, уряд якої приділяє значну увагу запобігання корупційним проявам та вживає рішучих дій щодо втілення антикорупційної стратегії.

Одним із найголовніших органів у боротьбі з корупцією у Китаї є прокуратура.

У 1993 р. Верховна народна прокуратура КНР підкреслила значення розслідування і судового переслідування випадків великої кількості непоясненого збагачення чиновників. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення була пізніше включена до Кримінального кодексу 1997 року [12].

Кримінальний кодекс КНР передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення у ст. 395: «якщо державні службовці, вартість майна яких чи витрати яких значно перевищують величину законних доходів, і це перевищення становить значну суму, можуть бути зобов'язані пояснити джерело доходів. При неможливості підтвердження законності доходів, сума, яка складає різницю, вважається незаконно отриманою. В цьому випадку, застосовується покарання у виді позбавлення волі на строк до 5 років чи короткостроковим арештом, або, якщо ця різниця дуже велика, винна особа повинна бути засуджена до фіксованого тюремного ув'язнення на термін не менше 5 років, але не більше ніж на 10 років, а надлишок майна підлягає конфіскації». Слід зазначити, що з 2009 року ст. 395 КК КНР зазнала певних змін, а саме була посилена відповідальність державних службовців за незаконне збагачення - збільшено тюремне ув'язнення з 5 до 10 років [3]. Таким чином, держава висловила свою підтримку щодо введення більш суворого покарання за незаконне збагачення, що підтверджує її активну позицію у боротьбі із корупційними проявами.

Крім того, частина друга ст. 395 Кримінального кодексу КНР передбачає кримінальну відповідальність за незаявлену державним службовцем крупну суму грошей, що міститься на рахунках за кордоном. [11].

Цікавим є досвід Аргентинської Республіки, яка разом з Індією стала однією з перших країн, які у 1964 році криміналізували незаконне збагачення.

Частина 2 статті 268 Кримінального кодексу Аргентини 1964 року передбачає: «Будь-яка особа, що у відповідь на законну вимогу не надає виправдання походженню свого якого-небудь значного збагачення себе чи використуваної нею з метою прикриття третьої особи під час перебування на

державній посаді та в період до двох років після припинення виконання своїх обов'язків, карається позбавленням волі на строк від двох до шести років, штрафом в розмірі від 50 до 100 відсотків суми збагачення і довічною абсолютною поразкою в правах. Під збагаченням розуміється не лише збільшення статків особи грошима, речами чи товарами, а й скасування її заборгованості чи погашення її зобов'язань. Особа, що використовувалася як прикриття з метою приховування збагачення, карається тою ж мірою, що й винна в злочині особа» [30, с. 13].

Також до першої групи держав відносимо і Україну, оскільки статтею 368-5 КК України запроваджено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Порівнюючи з іншими країнами першої групи загалом можна зазначити, що законодавець визначивши в диспозиції статті незаконними активи, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи (стаття 368-5 КК України), обрав один з варіантів, що існує в зарубіжних державах. Водночас відмінністю є те, що в нашій державі незаконним збагаченням є саме «набуття» цих активів – термін, що не використовується в жодній з зарубіжних країн.

Іншу групу становлять країни, що відмовились від встановлення окремої відповідальності за незаконне збагачення, зокрема Французька Республіка, Федеративна Республіка Німеччина, Великобританія, Республіка Ірландія, Латвійська Республіка, Королівство Швеція, Португальська Республіка, Республіка Польща та Сполучені Штати Америки.

Досліджуючи французьке антикорупційне законодавство, необхідно зазначити, що Франція стала першою країною «Групи сімки», яка ратифікувала Конвенцію хоча і не ввела окремого складу злочину «незаконне збагачення».

Французький законодавець виходив з того, що Конвенція не достатньо чітко формулює поняття «незаконне збагачення», оскільки сам по собі факт володіння майном не є кримінально караним злочином. Тому кримінальне переслідування у

Франції розпочинається лише в тому випадку, коли є підстави вважати, що активи публічної посадової особи (або приватної особи - французьке законодавство не робить у такому випадку розмежування) отримані незаконним шляхом. Як вагомі підстави можуть бути використані непрямі ознаки наявності протиправних дій не тільки з боку підозрюваної особи, а й членів його родини (наприклад, способу життя, даних податкової та антикорупційної декларацій, як самого службовця, так і членів його родини тощо).

Відповідно до статті 321-6 Кримінального кодексу Франції, нездатність особи обґрунтувати джерела доходів, що відповідають її способу життя, якщо така особа має законну владу над неповнолітнім, який проживає разом з нею і систематично скоює злочини або проступки проти майна інших осіб, карається п'ятьма роками тюремного ув'язнення і штрафом у розмірі 375 000 євро. Штраф може бути призначений на суму понад 375 000 євро аж до половини вартості прихованого майна. За статтею 450-2-1, нездатність особи обґрунтувати джерела доходів, відповідних її способу життя, якщо вона підтримує регулярні зносини з особами, що займаються діяльністю, визначеною статтею 450-1 «Організація зловмисників», карається п'ятьма роками тюремного ув'язнення і штрафом в розмірі 375 000 євро [30, с. 16].

Не дивлячись на те, що Великобританія ратифікувала Конвенцію ООН проти корупції 09.02.2006, незаконне збагачення як злочин не було введено в британське законодавство. Причиною цього було побоювання, що його положення щодо скасування тягара доведення, а також відсутність необхідності продемонструвати зв'язок між активами і злочинною діяльністю, не відповідає принципам належної правової процедури [16].

Transparency International у Великобританії на сьогодні запропонував додати до національного законодавства такий інститут, як «Незрозумілий порядок багатства» (UWO) до інструментів громадянського відновлення доходів від корупції, доступних для правоохоронних органів Великобританії [8].

Ратифікація Федеративною Республікою Німеччина до Конвенції у 2014 році [16] не потягло за собою жодних доповнень чи змін до національного законодавства для реалізації статті 20. Так, в законодавстві Німеччини не міститься терміну незаконне збагачення, так само як і не передбачається відповідальності за незаконне збагачення. Водночас, тут існує поняття безпідставне збагачення, яке широко використовується в податковому та в цивільному законодавстві [6].

Пункт d статті 73 Кримінального кодексу Німеччини є тим законодавчим положенням, що перекладає тягар доказування на обвинуваченого у разі встановлення стороною обвинувачення суттєвого збільшення активів державної посадової особи, що є необґрунтованим. Законодавство встановлює конфіскацію активів «у разі наявності підстав вважати, що ці предмети використовувались для скоєння незаконних діянь або були одержані шляхом їх скоєння». Федеральний верховний суд дійшов висновку, що таке положення не зменшує тягар доказування, а звільняє сторону обвинувачення від з'ясування «конкретних деталей» злочину [69, с. 51].

Цікавим є досвід Республіки Ірландія, де ситуація дещо відмінна від попередніх країн. Зокрема, не дивлячись на те, що Кримінальний кодекс Ірландії не передбачає кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, у цій країні в рамках податкового законодавства містяться положення щодо неправомірного збагачення («unjust enrichment»), яке застосовується у випадках, коли особа робить неправдиве повідомлення до податкової інспекції про податок на додану вартість, тобто заявляє про більший розмір, ніж було сплачено з метою отримання повернення певної суми з податкової інспекції [1].

Незважаючи на відсутність поняття незаконного збагачення в ірландському законодавстві, існують законодавчі акти і заходи, визначення і зміст яких схожі зі ст. 20 Конвенції. Крім того, існують положення з приводу запобігання хабарництву, а також встановлена заборона посадовим особам на отримання

дарунків певного розміру та корупційного збагачення. Однак, важливу юридичну роль відіграють судові процеси, трибунали проти корупції посадових осіб, які створюють правові прецеденти за останні 10 років (Трибунали Моріарті і Мехона) і укази Верховного Суду Ірландії за «заморожування» майна під час процесів про корупцію» [1].

Аналіз законодавства Латвійської Республіки показує, що ця країна не встановила окремого злочину за незаконне збагачення [4], хоча Латвія ратифікувала Конвенцію у 2006 р. [16]. На даний час дієвою формою контролю за законністю отримання доходів особами, що виконують функції держави, є декларування доходів і видатків держслужбовців і членів їх сімей. Вимоги щодо офіційного оприлюднення доходів службовців наявні в багатьох країнах світу, а неподання декларації або подання недостовірних даних карається накладенням штрафу. Наявність у законодавстві Латвійської Республіки інституту декларування доходів і відповідальності за його порушення є дієвим механізмом боротьби з незаконно отриманими активами службовців [35, с. 89].

Королівство Швеція ратифікувало Конвенцію ООН проти корупції в 2007 р. [16], однак до цього часу незаконне збагачення у цій країні не криміналізоване. Це пояснюється тим, що Кримінальний кодекс Королівства Швеції містить низку статей щодо кримінальної відповідальності за відмивання грошей, податкові злочини, зокрема, подання недостовірних відомостей про майно [15].

Уряд Португальської Республіки, проголосивши широкомасштабну боротьбу корупції, не встановив кримінальну відповідальність за незаконне збагачення [2]. Аналіз пропонованих у різний час законопроектів показує, що португальський законодавець при спробі сформулювати самостійну статтю кримінального законодавства, присвячену незаконному збагаченню, стикається з труднощами, пов'язаними з забезпеченням дотримання ключового для національного законодавства положення п. 1 ст. 32 конституції Португальської Республіки про гарантії захисту обвинуваченого в кримінальному процесі. Так,

специфіка складу ст. 20 Конвенції «доходи, які державна посадова особа не може раціонально обґрунтувати» - важко узгоджується з поняттям презумпції невинуватості, тобто правом не вважатися винним до моменту оголошення вироку, покладення тягара доказування та кримінально-правовою конструкцією провини [83].

Відповідно до Записки Секретаріату Польщі від 13-15 жовтня 2014 р. з огляду на хід здійснення імплементації Конвенції ООН проти корупції, уряд Республіки Польща розглянувши можливість криміналізації незаконного збагачення, не встановив окремої норми щодо кримінальної відповідальності за такий злочин. Втім, як один із засобів протидії корупційними злочинами, в т.ч. з незаконним збагаченням, застосовується розширена конфіскація [11].

Не встановили в своєму законодавстві окремої відповідальності за незаконне збагачення і США які ратифікували Конвенцію у 2006 році. Крім цього, США, як і Канада, ратифікувавши задовго до появи Конвенції ООН, Міжамериканську конвенцію про боротьбу з корупцією, в тому числі й ст. 9, яка передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, зробили застереження з приводу встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, пославшись на його несумісність із принципами конституційного права та прав людини і, зокрема, презумпцією невинуватості [69, с. 23]. В документі USA UNCAC Self Assessment «UNODC - United Nations Convention against Corruption» (07/10/2010) наголошується на тому, що США має достатній внутрішній механізм (національне законодавство, в тому числі і кримінальне) для притягнення до відповідальності державних службовців, які отримують необґрунтовані фінансові вигоди, а також про намір надавати допомогу і співпрацювати з іншими державами-учасницями в сфері протидії корупції [39, с. 81-82].

Сполучені Штати Америки використовують свідчення про незаконне збагачення як докази у кримінальних справах, а незаконне збагачення - як підставу для звільнення корумпованих офіційних осіб з їхніх посад [83, с. 11].

Зважаючи на викладене, можна зробити висновок, що серед іноземних держав, які ратифікували Конвенцію ООН про боротьбу з корупцією і запровадили у своєму законодавстві відповідальність безпосередньо за незаконне збагачення є країни як з високим, так і з низьким рівнем корупції. У цих країнах кримінальна відповідальність за незаконне збагачення розглядається як механізм, що здатен доповнити існуючу систему запобігання корупції, якою б ефективною вона не була.

Серед держав, які ратифікували Конвенцію ООН про боротьбу з корупцією і запровадили у своєму законодавстві кримінальну відповідальність безпосередньо за незаконне збагачення спостерігається різниця в розумінні того, що саме слід вважати «незаконним збагаченням». Під цим терміном розуміють: перевищення певної кількості мінімальних прожиткових мінімумів відносно законного доходу; незаконне отримання, вимагання, приймання обіцянки подарунка або іншої привілеї; невідповідність придбаного майна офіційним, щорічно декларованим доходам; володіння майном, вартість якого істотно перевищує отримані кошти; вартість наявного майна чи витрати значно перевищують величину законних доходів, і посадовець не здатен це пояснити; сама неможливість державного службовця пояснити законне збільшення його активів або законного джерела його доходів.

Законодавець визначивши в диспозиції статті 368-5 КК України незаконне збагачення як 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, обрав один з варіантів, що існує в іноземних державах. Водночас відмінною рисою є те, що в нашій державі незаконним збагаченням є саме «набуття» цих активів – термін, що не використовується в національному законодавстві жодної іноземної держави.

Група держав, які вирішили не встановлювати окремо кримінальну

відповідальність за незаконне збагачення державних посадових осіб, часто пояснюючи це суперечливістю принципу презумпції невинуватості, або ж недостатньою чіткістю формулювання поняття «незаконне збагачення» в Конвенції ООН проти корупції, запровадили альтернативні засоби запобігання незаконному збагаченню на кшталт заходів, що спрощують кримінальне переслідування правопорушників або конфіскацію незаконних активів. Такі правові диспозиції зазвичай спираються на положення законодавства з питань протидії організованій злочинності, яке подекуди зменшує тягар доведення вини для сторони обвинувачення або частково переносить цей тягар на сторону захисту.

Окремі держави, які вирішили не встановлювати кримінальну відповідальність за незаконне збагачення державних посадових осіб, водночас використовують терміни «безпідставне збагачення» або «неправомірне збагачення» у своєму податковому та цивільному законодавстві.

Висновки до Розділу 1.

Аналіз загальних засад дослідження кримінально-правової характеристики незаконного збагачення дозволяє зробити такі висновки.

Переважна більшість комплексних наукових досліджень, проведених в Україні, ґрунтувалися на аналізі статті кримінально-правової норми у різних редакціях, якою було передбачено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-2 КК України), і яку Рішенням КСУ від 26.02.2019 № 1-р/2019 визнано такою, що не відповідає Конституції України та було вилучено з законодавства України про кримінальну відповідальність. Разом з тим багато теоретичних висновків науковців не втратили своєї актуальності та матимуть важливе значення для подальшого дослідження кримінально-правової норми, яка регламентує відповідальність за незаконне збагачення.

Після вжиття законодавцем заходів спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення та доповнення КК України

статтею 368-5, сучасний стан кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є малодослідженим, наявні лише два дисертаційні дослідження після відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а також незначна кількість наукових статей присвячених характеристиці прийнятій кримінально-правовій забороні (стаття 368-5 КК України). Все це свідчить про відсутність і сьогодні комплексного підходу до розв'язання означеної проблеми.

Аналіз наявних наукових досліджень дає можливість стверджувати, що і до прийняття статті 368-5 комплексного підходу не було. Створення такого підходу є вкрай важливим, особливо зважаючи на те, що законодавець в Україні знаходиться в пошуку оптимальної моделі створення дієвого механізму притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Ми переконані, що саме вироблення професійною спільнотою, передусім науковцями, узгодженої ефективної моделі, яка б ґрунтувалася на такому комплексному підході та враховувала кращі практики іноземних держав дало б змогу законодавцю уникнути правових колізій у прийнятій статті 368-5 КК України, про які детально йтиметься у наступних розділах роботи, та надало б можливість ефективно застосовувати вказану правову норму на практиці.

Практика діяльності правоохоронних органів і безпосередньо Національного антикорупційного бюро України, детективи якого уповноважені здійснювати досудове розслідування кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368-5 КК України, свідчить про те, що у процесі правозастосування статті 368-5 КК України виникатимуть і на сьогодні наявні змістовно інші перешкоди на шляху як встановлення, так і розв'язання проблеми притягнення до відповідальності за цей злочин, на відміну від тих, про які вказувалось у захищених до прийняття статті 368-5 КК України дисертаціях. Відтак, вони потребують дослідження з метою виявлення і формування шляхів вирішення проблемних питань притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, про що мова ще піде у відповідному розділі дослідження.

В історії становлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення можна виділити п'ять етапів: 1) ратифікація Україною Конвенції ООН проти корупції та початок розгляду питання про введення відповідальності за незаконне збагачення; 2) перша спроба імплементації відповідальності за незаконне збагачення до вітчизняної правової системи – поява у КК України статті 368-2; 3) дві нові редакції статті 368-2; 4) визнання Рішенням Конституційного Суду України статті 368-2 КК України неконституційною; 5) відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення – введення до КК України статті 368-5.

Таким чином, з моменту запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення і по сьогоднішній день кримінально-правова норма «незаконне збагачення» шість разів зазнавала змін, на підставі Рішення КСУ визнана неконституційною та знову відновлена у новій статті 368-5 КК України. Така ситуація пояснюється в тому числі і тим, що, як було зазначено, законодавець перебуває в пошуку найоптимальнішої моделі вказаної кримінально-правової норми, яка б з одного боку була ефективним правовим інструментом запобігання корупції, а з іншого – враховувала конституційні положення, якими встановлено принципи юридичної відповідальності, права і свободи людини і громадянина, а також їх гарантії, що дало б можливість уникнути виникнення підстав для визнання її неконституційною.

З іншого боку така досить велика кількість змін, яких зазнав інститут кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за свій відносно невеликий час існування свідчать про те, що у суспільства і держави ще не сформувалась спільна позиція щодо того який саме вигляд повинна мати сама норма, що встановлює відповідальність за цей злочин.

На сьогоднішній день положення, якими встановлюється відповідальність за незаконне збагачення, діють у більшості регіонів світу за винятком країн Північної Америки та більшості держав Західної Європи.

Серед іноземних держав, що ратифікували Конвенцію ООН про боротьбу з корупцією і запровадили у своєму законодавстві відповідальність за незаконне збагачення в окремій нормі є країни як з високим, так і з низьким рівнем корупції, що свідчить про те, що відповідальність за незаконне збагачення розглядається як механізм, що здатен доповнити існуючу систему запобігання корупції, якою б ефективною вона не була.

Серед держав, що ратифікували Конвенцію ООН про боротьбу з корупцією і запровадили у своєму законодавстві відповідальність безпосередньо за незаконне збагачення спостерігається різниця в розумінні того, що саме слід вважати «незаконним збагаченням». Під цим терміном розуміють: перевищення певної кількості мінімальних прожиткових мінімумів відносно законного доходу; незаконне отримання, вимагання або приймання обіцянки подарунка або іншої привілеї; невідповідність придбаного майна офіційним, щорічно декларованим доходам; володіння майном, вартість якого істотно перевищує отримані кошти; вартість наявного майна чи витрати значно перевищують величину законних доходів, і посадовець не здатен це пояснити; сама неможливість державного службовця пояснити збільшення його активів або законного джерела товарів або будь-якого іншого збагачення.

Законодавець визначивши в диспозиції статті 368-5 Кримінального кодексу України незаконне збагачення як 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, обрав один з варіантів, що існує в зарубіжних країнах. Водночас відмінною рисою є те, що в нашій державі незаконним збагаченням є саме «набуття» цих активів – термін, що не використовується в жодній з іноземних держав.

Група держав, які вирішили не встановлювати кримінальну відповідальність за незаконне збагачення державних посадових осіб в окремій нормі, часто

пояснюючи це суперечністю принципу презумпції невинуватості, або ж недостатньою чіткістю формулювання поняття «незаконне збагачення» в Конвенції ООН проти корупції, запровадили альтернативні засоби запобігання незаконному збагаченню на кшталт заходів, що спрощують кримінальне переслідування правопорушників або конфіскацію незаконної наживи. Такі правові диспозиції зазвичай спираються на положення законодавства з питань протидії організованій злочинності, яке подекуди зменшує тягар доведення вини для сторони обвинувачення або частково переносить цей тягар на сторону захисту.

Окремі держави, які вирішили не встановлювати кримінальну відповідальність за незаконне збагачення державних посадових осіб в окремій нормі, водночас використовують терміни «безпідставне збагачення» або «неправомірне збагачення» у своєму податковому та цивільному законодавстві.

РОЗДІЛ 2 ЮРИДИЧНИЙ АНАЛІЗ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ».

2.1 Об'єктивні ознаки складу злочину «незаконне збагачення».

2.1.1 Об'єкт незаконного збагачення.

В структурі складу злочину першочергове значення відводиться об'єкту злочину. Саме чітке визначення і характеристика цього елемента складу злочину дозволяє водночас усвідомити й ступінь суспільної небезпеки відповідного діяння.

Безумовно об'єкт злочину має суттєве значення для встановлення самого факту злочину, є основоположним критерієм для класифікації злочинів, а також для розробки системи Особливої частини Кримінального кодексу України. До проблеми вивчення об'єкта, а також предмета злочину свого часу зверталися такі вчені, як Б.С. Никифоров, М.А. Беляєв, А.Н. Трайнін, Я.М. Брайнін, В.М. Кудрявцев, В.Я. Тацій, М.Й. Коржанський, М.І. Завгородников, М.Д. Шаргородський та ін.

Безпосередньо об'єкту незаконного збагачення присвячено увагу в дослідженнях таких науковців, як О.І. Гузоватий, О.П. Денєга, Л.П. Брич, О.О. Дудоров, В.І. Тютюгін, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк, І.М. Ясінь.

Загальновідомим є те, що у науці кримінального права протягом тривалого часу обґрунтовується думка, що об'єктом будь-якого злочинного діяння є суспільні відносини. Не дивлячись на те, що більшість дослідників об'єкта злочину сходяться на необхідності розуміти під цим поняттям саме суспільні відносини, все ж незрозумілим виглядає те, яке «обличчя» суспільних відносин треба охороняти. Адже те, що є стандартом правовідносин в тоталітарній державі, перестає таким бути в умовах демократії. Очевидно, що такими відносинами є найважливіші з погляду законодавця суспільні відносини, ті, які конче потребують охорони окремим законом.

Для того, аби зуміти вибудувати вірний ланцюжок тих кримінально-правових елементів, які потрібно встановити у кожному кримінальному провадженні, науковцям треба зійтися на тому, що особа, винувата у вчиненні злочину, завжди завдає шкоди суспільним відносинам, поставленим під охорону кримінального закону або загрозу заподіяння такої шкоди.

Досліджуючи суспільні відносини в контексті розмови про те, яка шкода їм завдається конкретним злочином, вважаємо цілком слушним використати структурний підхід до вивчення об'єкту складу злочину, який пропонує В.Я. Тацій. Зокрема, він вважає його цілісною системою, до якої входять предмет суспільних відносин, суб'єкти суспільних відносин та зміст цих відносин (соціальний зв'язок) [129, с. 16-17]. В свою чергу, під предметом суспільних відносин В.Я Тацій, з одного боку, бачить фізичні тіла (природні об'єкти, товари та предмети матеріального світу), а з іншого – нематеріальні речі (приміром, діяльність підприємств, установ, організацій). Суб'єктами або учасниками суспільних відносин вважаються держава, колективи, фізичні та юридичні особи. Соціальним зв'язком є сам формат суспільних відносин, діяльність людей, що визначає ці відносини та потребує охорони кримінальним законом [129, с. 22].

У межах такої структури, на думку дисертанта, предметом суспільних відносин у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг є визначене законодавством функціонування органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також ефективне виконання особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, покладених на них обов'язків.

Що стосується класифікації об'єкта складу злочину, то більшість учених виділяють для цього дві підстави залежно від:

- 1) ступеня узагальненості охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, що виступають об'єктами різних злочинів (класифікація за «вертикаллю»);

2) важливості охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, яким заподіюється безпосередня шкода конкретним злочином (класифікація безпосередніх об'єктів за «горизонталлю»).

У кримінально-правовій науці поширена триступенева класифікація об'єктів злочину по вертикалі: загальний, родовий, безпосередній. Як було зазначено вище, класифікація об'єктів злочину здійснюється за триступеневою системою, що обґрунтовується філософською тріадою «загального», «особливого» та «окремого». Вперше таку класифікацію запропонував В.Д. Меньшагін [85, с. 12]. Однак наука критична за своїм визначенням, а тому і цю теорію було свого часу уперше піддано критиці Б.С. Никифоровим. Він зауважував, що «трюхступенева система поділу об'єктів, яка претендує на універсальність, насправді до багатьох злочинів незастосовна, наприклад, до злочинів проти особи» [86, с. 108]. Відтак, продовжує вчений, до більшості складів злочинів застосовують лише два об'єкти – загальний та безпосередній. Часто певна сфера суспільних відносин охоплюється родовим та безпосереднім об'єктами одночасно. З Б.С. Никифоровим важко погодитися, адже сам підхід трюхступеневого поділу об'єкту, як було згадано, є прямим застосуванням співвідношення філософських категорій «загального», «особливого», «окремого».

На наше ж переконання, проблема тут не у «неспрацюванні» філософського принципу, а у вмінні чи бажанні виявити місце за таким поділом конкретної сфери суспільних відносин. Іншими словами (і тут потрібно погодитися з В.Я. Тацієм), необхідно в межах окремих наукових досліджень відпрацювати методикку визначення об'єктів злочину. При розрізненних підходах втрачається сенс положень філософії про співвідношення загального та одиничного, на основі яких і ґрунтується система класифікації об'єкту злочину [129, с. 66-67].

Більшість вчених називають загальним об'єктом злочину сукупність усіх суспільних відносин, які поставлені під охорону чинного закону про кримінальну відповідальність.

На думку В.Я. Тація, загальним об'єктом злочину є всі найбільш важливі суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом [129, с. 62].

О.І. Гузоватий аналізує наукові позиції з приводу визначення загального об'єкта злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, зазначає, що під ним розуміється сукупність суспільних відносин, блага, цінності у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, що охороняються кримінальним законом [37, с. 84].

О.П. Денєга під загальним об'єктом незаконного збагачення розуміє всю систему елементів суспільного правопорядку, а саме: суспільні відносини, права, обов'язки, законні інтереси людини, інші блага та цінності, які підлягають кримінально-правовій охороні та яким цим злочином прямо чи опосередковано завдається чи потенційно може бути завдана істотна шкода [43, с. 46].

Якщо виходити з прийнятого більшістю вчених розуміння загального об'єкта злочину як сукупності всіх найбільш важливих суспільних відносин, то, на нашу думку, визначення об'єкту незаконного збагачення, які наводились вище дещо виступають за межі такої ознаки як загальність. У наведених визначеннях в одному категоріальному ряду поряд з суспільними відносинами зазначаються права, обов'язки, законні інтереси людини, інші блага, цінності у сфері службової діяльності та професійної діяльності.

Вважаємо, що ці категорії мають інший рівень, тобто можуть бути віднесені за певних умов до родового або більше навіть до безпосереднього об'єкту, про що мова піде нижче.

Відтак, на нашу думку, під загальним об'єктом незаконного збагачення варто розуміти сукупність усіх суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом.

Родовий (груповий) об'єкт злочину охоплює певну сукупність «тотожних чи однорідних за своєю соціальною і економічною сутністю суспільних відносин, які

через це повинні охоронятися єдиним комплексом взаємозалежних кримінально-правових норм» [62, с. 98].

Варто вказати, що питання визначення родового об'єкта у сфері службової діяльності є дискусійним для багатьох вчених.

Так, Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, А.А. Задорожний, В.А. Клименко, Т.І. Слущька, В.Г. Хашев під родовим об'єктом злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, розуміють суспільні відносини, які визначають зміст правильної роботи, тобто встановлений нормативно-правовими актами порядок здійснення службовими та посадовими особами органів державної влади, місцевого самоврядування, їх апарату, підприємств, установ і організацій незалежно від своїх повноважень [63, с. 548; 139, с. 8].

В свою чергу, такі науковці як М.В. Кочеров, М.І. Мельник поряд з цим також пропонують відносити до родового об'єкта злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України, й авторитет державних органів та інших структур (впливовість, престиж, репутація, яким може заподіюватися шкода), а також порядок реалізації службовими особами таких органів наданої їм влади та службових повноважень [71, с. 285; 56, с. 55].

І.М. Ясінь у своїх наукових дослідженнях родовим об'єктом незаконного збагачення визначає правопорядок у відповідній сфері, а саме у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг [151; с. 373].

Аналізуючи різні підходи вчених у розумінні родового об'єкта незаконного збагачення, слід зазначити, що використання авторами таких словосполучень як «правильна робота органу державної влади та органу місцевого самоврядування» чи «нормальна робота» вбачається нам не зовсім коректним. На думку автора, діяльність підприємств, установ та організацій може оцінюватися виключно через призму виконання норм законодавства, які регламентують їхню діяльність.

Таким чином, пропонуємо під родовим об'єктом незаконного збагачення вважати суспільні відносини, що забезпечують регламентовану законодавством

діяльність осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

У межах родового виділяють також видовий об'єкт, який, втім, радше з'явився як наслідок труднощів при укладанні певних складів злочинів у кримінальному законі за вузькою однорідністю суспільних відносин, тому автор загалом не вбачає за доцільне його введення у структуру об'єкту складу злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України.

В зв'язку з цим, ми не погоджуємося з позицією М.В. Кочерова та О.І. Гузоватого. Науковці під видовим об'єктом незаконного збагачення розуміють суспільні відносини, які виникають у зв'язку зі здійсненням особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, діяльності відповідно до нормативно-правових актів, що становить правильну роботу державного апарату й апарату органів місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємств, установ чи організацій [37, с. 86; 56, с. 57].

Варто вказати, що В.К. Грищук поділяє завдання кримінального права на тактичні та стратегічні. До останніх відносяться забезпечення законності й правопорядку, а також «розбудова суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави, громадянського суспільства в Україні» [36, с. 37]. На думку дисертанта, розділ XVII КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» безпосередньо забезпечує функціональність такого стратегічного завдання у своїй сфері.

Найбільше значення для правотворчої та правозастосовчої діяльності має безпосередній об'єкт злочину [62, с. 99]. Досвід практичної діяльності органів досудового слідства свідчить, що визначення саме безпосереднього об'єкту часто стає каменем спотикання у їх роботі.

Безпосереднім об'єктом злочину виступають конкретні суспільні відносини, що поставлені законодавцем під охорону конкретної статті Особливої частини

Кримінального закону та яким завдається шкоди діянням, що підпадає під ознаки конкретного складу злочину [62, с. 99].

Окремі вчені до суспільних відносин, як сутності об'єкту злочину, додають альтернативно ще й соціальні цінності, на які посягає певна злочинна дія чи бездіяльність [59, с. 130].

О.Ф. Бантишев безпосереднім називає об'єкт тим конкретним інтересом та тими благами, на які здійснюється посягання при вчиненні злочину [19, с. 92].

Д.І. Крупко під безпосереднім об'єктом незаконного збагачення розуміє суспільні відносини, які забезпечують авторитет, порядок здійснення державної служби, цілі та завдання установ і організацій публічного й приватного сектора, встановлений (нормативно закріплений) порядок їх функціонування [64, с. 753].

Заслуговує на увагу і позиція О.І. Гузоватого, який визначає безпосередній об'єкт незаконного збагачення як суспільні відносини, що виникають у зв'язку та під час здійснення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, правомірної (законної) діяльності, тобто в межах і відповідно до нормативно-правових актів [37, с. 87].

В даному випадку необхідно підкреслити, що не в кожному випадку конкретний злочин завдає істотної шкоди лише одним суспільним відносинам. Існують злочини, які одночасно посягають на двоє і більше суспільних відносин (це, зокрема, стосується і злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України). У зв'язку з цим, в доктрині кримінального права поряд з класифікацією об'єктів по «вертикалі» має місце класифікація «по горизонталі». Її сутність полягає в тому, що на рівні безпосереднього об'єкта виділяють основний і додатковий об'єкти [128, с. 70-74].

У злочинах, які мають два або декілька безпосередніх об'єктів (до них належить діяння, передбачене ст. 368-5 КК України) законодавець виділяє або зі змісту статті впливає один об'єкт, на який націлене злочинне посягання, що і зумовлює місце правової норми у структурі розділів Особливої частини Кримінального кодексу України. У кримінально-правовій літературі такий

об'єкт, зазвичай, називають основним безпосереднім об'єктом, а об'єкт, якому завдається істотна шкода поряд з основним – додатковим безпосереднім об'єктом злочину [129, с. 34]

Основним безпосереднім об'єктом злочину є конкретні суспільні відносини, що в першу чергу прагнуть поставити під охорону законодавець, визначаючи суспільно небезпечне діяння злочином [62, с. 76-77].

Загально визнаним є те, що місце конкретної кримінально-правової норми у кримінальному законодавстві визначається з урахуванням захисту не тільки родового, а й основного безпосереднього об'єкта досліджуваного складу злочину.

У наукових публікаціях не завжди чітко визначається основний безпосередній об'єкт незаконного збагачення.

Зокрема, Л.П. Брич вважає, що основним безпосереднім об'єктом незаконного збагачення слід вважати правильну, тобто таку, що відповідає вимогам законодавства України діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємств, установ чи організацій [76, с. 1078]. Аналогічну тезу висловлюють такі дослідники як О.О. Дудоров та Д.О. Гарбазей [34, с. 120; 60, с. 472].

Ми не можемо погодитися з таким формулюванням основного безпосереднього об'єкту незаконного збагачення, оскільки, на нашу думку, він визначений надто широко, що не дозволяє відмежувати безпосередній об'єкт незаконного збагачення від безпосередніх об'єктів інших злочинів у сфері здійснення службової та професійної діяльності.

Ми переконані, що визначення основного безпосереднього об'єкту незаконного збагачення повинно надавати змогу відмежувати незаконне збагачення від злочинів із суміжним складом, зокрема зі складами злочинів, передбаченими статтями 368 та 209 КК України. Вказане питання більш детально досліджено у підрозділі 2.3 дисертаційного дослідження.

Дотримуючись такої ж позиції, О.П. Денега основним безпосереднім об'єктом незаконного збагачення визначає неупередженість, сумлінність та добросовісність при виконанні своїх обов'язків осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Науковець зазначає, що таке визначення основного об'єкта незаконного збагачення чітко відмежовує відповідний об'єкт від інших безпосередніх об'єктів злочину у сфері здійснення службової та професійної діяльності у сфері надання публічних послуг [43, с. 47-48].

Таким чином, з огляду на зазначене вище, основним безпосереднім об'єктом незаконного збагачення можна вважати суспільні відносини, які визначають встановлений законодавством та нормативно-правовими актами порядок діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування щодо законності набуття активів в частині їх непідкупності та фінансування виключно у порядку, встановленому законодавством.

Варто наголосити, що особливістю складу злочину незаконне збагачення є те, що його об'єкт частково чи повною мірою співпадає з об'єктами злочинів, передбачених статтями 364 та 368 КК України. Детально питання розмежування незаконного збагачення від злочинів із суміжним складом буде розкрито у підрозділі 2.3 дисертаційного дослідження. Водночас на даному етапі ми вважаємо за необхідне зазначити, наведене визначення безпосереднього об'єкта незаконного збагачення надасть змогу чітко відмежувати незаконне збагачення від злочинів із суміжним складом.

З метою належного розуміння структури безпосереднього об'єкта існує необхідність розкрити питання додаткового безпосереднього об'єкту незаконного збагачення.

Додатковим безпосереднім об'єктом виступають лише ті суспільні відносини, яким поряд з основним об'єктом заподіюється чи створюється загроза заподіяння шкоди, і які також охороняються законом. У свою чергу вчені

розрізняють додатковий обов'язковий і додатковий факультативний безпосередній об'єкт [56, с. 58].

Доречно навести думку О.П. Денеги стосовно того, що додатковий безпосередній об'єкт незаконного збагачення – це ті елементи суспільного правопорядку, а саме: суспільні відносини, права, обов'язки, законні інтереси людини, інші блага та цінності, на які посягає особа здійснюючи це злочинне діяння, поряд з основним безпосереднім об'єктом даного злочину та яким цим злочином прямо чи опосередковано завдається або потенційно може бути завдана істотна шкода [43, с. 48].

Л.П. Брич, О.В. Кришевич, А.В. Савченко в своїх наукових дослідженнях звертають увагу на те, що додатковим обов'язковим об'єктом незаконного збагачення виступають відносини справедливого розподілу матеріальних благ у суспільстві [121, с. 134; 77, с. 883].

Слушною, з нашої точки зору, є позиція М.В. Кочерова, який до додаткового обов'язкового безпосереднього об'єкта незаконного збагачення відносить авторитет органів влади і місцевого самоврядування та ділову репутацію державних, комунальних підприємств, установ, організацій [56, с. 85-86].

На нашу думку, до додаткового обов'язкового безпосереднього об'єкту незаконного збагачення також доцільно віднести рівень суспільної довіри до органів державної влади та місцевого самоврядування. Варто погодитися в цьому питанні і з думкою М.В. Кочерова, який зазначає, що додатковим факультативним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України, можуть виступати права та інтереси окремих громадян чи юридичних осіб [56, с. 85-86].

Не менш важливим питанням в аспекті розмови про об'єкт злочину «незаконне збагачення» є і питання про його предмет.

З огляду на результати сучасних досліджень питання предмета злочину, як і його значення, виглядає вирішеним лише частково.

Зокрема, переважна більшість науковців об'єднані думкою про те, що

предмет та об'єкт злочину – це різні кримінально-правові явища. Оскільки предмет у структурі складу злочину зв'язаний із об'єктом злочину, то він має вважатися певною ідеальною моделлю того предмету, з приводу якого вчинюється злочин.

Водночас серед вчених немає одностайності щодо того яке саме місце має займати предмет у структурі складу злочину.

Так, частина науковців вважають, що предмет за своєю суттю є чимось зовнішнім щодо об'єкту, а інші ж вбачають у предметі безпосередньо зовнішнє вираження власне об'єкту злочину.

На думку Є.В. Лащука, котрий теж ґрунтовно досліджував предмет злочину, ним є факультативна ознака об'єкту злочину, що знаходить свій вияв у матеріальних цінностях (котрі людина може сприймати органами чуття чи фіксувати спеціальними технічними засобами), з приводу яких та (або) шляхом безпосереднього впливу на які вчинюється злочинне діяння [68, с. 4]. Учений трактує фізичну ознаку предмету злочину як можливість сприйняття людиною тих чи інших матеріальних утворень (матеріальних цінностей) за допомогою органів чуття або фіксування їх спеціальними технічними засобами. Тобто за такого підходу предметом злочину потрібно визнавати інформацію, електричну, теплову та інші види енергії, в окремих випадках – органи людини, її тканини та кров.

На думку Є.В. Лащука, соціальна ознака предмету злочину визначається взаємозв'язком його з об'єктом кримінально-правової охорони через те, що предмет є цінністю; юридичну ознаку предмету злочину треба характеризувати наявністю злочинних діянь, вчинених з приводу відповідних матеріальних цінностей та (або) спрямованих безпосередньо на них, а також підпорядкуванням предмета об'єкту злочину, суб'єктивним ставленням злочинця до предмета злочину (бажання суб'єкта злочину вплинути певним чином на предмет) [68, с. 4].

Щодо місця предмета злочину в структурі складу злочину передбаченого статтею 368-5 КК України, можна зробити висновок, що предмет злочину є факультативною ознакою складу злочину та нерозривно пов'язаний з об'єктом злочину.

Предметом злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України, законодавець визначив активи, під якими згідно з частиною 2 примітки до вказаної статті слід розуміти грошові кошти (у тому числі готівкові кошти, кошти, що перебувають на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах), інше майно, майнові права, нематеріальні активи, у тому числі криптовалюти, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, а також роботи чи послуги, надані особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Варто зазначити, що законодавець суттєво розширив перелік того, що розуміється під активами у порівнянні зі ст. 368-2 КК України, яку відповідно до рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019, визнано такою, що не відповідає Конституції України. До винесення вказаного рішення Конституційного Суду України, законодавець під активами визначав лише грошові кошти або інше майно, а також доходи від них.

З метою належного розуміння структури предмета незаконного збагачення існує необхідність детально надати характеристику кожному елементу активів.

Однією із складових активів, визначених приміткою статті 368-5 КК України є грошові кошти (у тому числі готівкові кошти, кошти, що перебувають на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах).

Поняття грошових коштів закріплене у Наказі Міністерства фінансів України від 07.02.2013 № 73 «Про затвердження Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку 1 «Загальні вимоги до фінансової звітності», відповідно до якого грошові кошти (гроші) це готівка, кошти на рахунках у банках та депозити до запитання. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про платіжні

системи та переказ коштів в Україні» № 2346-III від 05.04.2001 кошти існують у готівковій формі (формі грошових знаків) або у безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках) [107].

Цілком зрозуміло, що грошові кошти можуть бути у будь-якій валюті, а у випадку здійснення документування незаконного збагачення з метою вірної кваліфікації відповідного злочину, у разі коли предметом злочину є грошові кошти в іноземній валюті, обов'язково здійснюється еквівалентне вираження цієї суми у національній валюті України – гривні на момент вчинення злочину.

Відповідно до Постанови Правління Національного банку України від 12.11.2003 № 492 «Про затвердження Інструкції про порядок відкриття і закриття рахунків клієнтів банків та кореспондентських рахунків банків - резидентів і нерезидентів», грошові кошти можуть перебувати на таких рахунках:

1) вкладний (депозитний) рахунок – рахунок, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання грошей, які передаються клієнтом банку в управління на встановлений строк або без зазначення такого строку під визначений процент (дохід) і підлягають поверненню клієнту відповідно до законодавства України та умов договору;

2) поточний рахунок – рахунок, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання грошей і здійснення розрахунково-касових операцій за допомогою платіжних інструментів відповідно до умов договору та вимог законодавства України;

3) рахунок умовного зберігання (ескроу) – рахунок, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зарахування на рахунок коштів та перерахування їх/видачі коштів готівкою у випадках, передбачених законодавством України, особі (особам), зазначеній (зазначеним) клієнтом (бенефіціару або бенефіціарам), або повернення таких коштів клієнту за настання підстав, передбачених договором [103].

Окрім того, грошові кошти у банках можуть зберігатися в індивідуальних

сейфах або індивідуальних сейфових скриньках, що являють собою неспалимий ящик зі спеціальним замком, що знаходиться в депозитному сховищі для індивідуальних сейфів банку – відособленому охоронюваному приміщенні, призначеному для розміщення індивідуальних сейфів, які використовуються з метою зберігання в них майна клієнта.

У частині 3 примітки до статті 368-5 КК України законодавець також зазначає, що зберігання грошових коштів може відбуватися як у банках так і у інших фінансових установах.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 № 2664-III, фінансова установа – юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку[109].

До фінансових установ Закон відносить досить широкий перелік суб'єктів. Це, зокрема, банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, - інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг [109]. Банки, як видно, з переліку, є одним з видів таких установ.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 № 2121-III, банк – юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про які внесені до Державного реєстру банків [94].

Складовою частиною активів як предмета злочину, передбаченого статтею 368-5 КК України, окрім зазначеного вище, є також інше майно.

Згідно з положеннями Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти

корупції від 31.10.2003 та Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму від 16.05.2005 поняття «майно» включає майно будь-якого виду, незалежно від того, матеріальне воно чи виражене в правах, рухоме чи нерухоме, та правові документи або документи, які підтверджують право на таке майно або частку в ньому [53; 54].

Згідно зі статтею 190 Цивільного кодексу України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки.

Огляд норм цивільного законодавства дає можливість стверджувати, що до майна також відносяться тварини (ст. 180 ЦК), нерухомі й рухомі речі (ст. 181 ЦК), підприємство як єдиний майновий комплекс (ст. 191 ЦК), грошові кошти (ст. 192 ЦК), валютні цінності (ст. 193 ЦК), цінні папери (ст. 194 ЦК), об'єкти права інтелектуальної власності (ст. 420 ЦК) [141].

Ще однією складовою частиною активів у складі злочину незаконного збагачення, яку визначив законодавець, є майнові права.

Щодо цього поняття, то Цивільний кодекс України обмежується лише вказівкою на те, що майнові права є неспоживною річчю, а також те, що майнові права визнаються речовими правами [141].

Водночас, більш ґрунтовне визначення майнових прав зазначено у Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 № 2658-ІІ. Зокрема, зазначається, що майновими правами, які можуть оцінюватися, визнаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги [106].

Як вбачається, закріплене в зазначеному Законі визначення, а також те, що

законодавець закріпив положення, згідно з яким незаконним збагаченням вважається 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, дає можливість дійти висновку про те, що питання можливості надати оцінку активам є одним з ключових для органу досудового розслідування.

Наступним елементом предмету незаконного збагачення, на який акцентує увагу законодавець у статті 368-5 КК України, є нематеріальні активи.

Варто зазначити, що у Цивільному кодексі України немає жодної правової норми про нематеріальні активи, проте у згаданому вище Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» законодавець оперує поняттям «нематеріальні блага», які визначаються об'єктами цивільних прав.

Безпосередньо термін «нематеріальні активи» є вживаним у чинному податковому законодавстві України. Так відповідно до змісту п. 14.1.120 ст. 14 Податкового кодексу України нематеріальні активи – право власності на результати інтелектуальної діяльності, у тому числі промислової власності, а також інші аналогічні права, визнані об'єктом права власності (інтелектуальної власності), право користування майном та майновими правами платника податку в установленому законодавством порядку, у тому числі набуті в установленому законодавством порядку права користування природними ресурсами, майном та майновими правами [90].

До нематеріальних активів можуть належати винаходи, корисні моделі, промислові зразки, знаки для товарів і послуг, торгові марки, об'єкти авторських прав, програмне забезпечення обчислювальної техніки, гудвіл, «ноу-хау» тощо.

Доволі дискусійним, на наш погляд, є визначення законодавцем у диспозиції ст. 368-5 КК України такого предмету незаконного збагачення як криптовалюти.

Законодавець відносить криптовалюти до одного з різновидів нематеріальних

активів. Проте, правовий статус криптовалюти на законодавчому рівні ще й досі не врегульований. У 2014 році НБУ у своєму листі від 10.11.2014 «Роз'яснення щодо правомірності використання в Україні «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin» зробив першу спробу визначити правовий статус, який був прирівняний до грошового сурогату, але вже у 2018 році НБУ дійшовши висновку, що криптовалюта не може бути визнана грошовим сурогатом, залишив біткоїн у сірій зоні українського законодавства [120].

Державна фіскальна служба Україна (далі – ДФС) у своїй індивідуальній податковій консультації від 25.01.2019 №282/К/99-99-13-01-02-14/ПК «Щодо порядку оподаткування доходів деяких операцій» дублює позицію НБУ, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку і Національної комісії, що здійснює регулювання у сфері ринків фінансових послуг. ДФС зазначає, що «природа криптовалют не дозволяє визнати їх ні грошовими коштами, ні валютою і платіжним засобом іншої країни, ні валютною цінністю, ні електронними грошима, ні цінними паперами, ні грошовим сурогатом». Також ДФС повідомляє, що оскільки порядок оподаткування операцій з криптовалютою не встановлений нормами податкового законодавства, то надання індивідуальної податкової консультації з питань практичного застосування вказаних вище норм є неможливим [49].

Криптовалюти є різновидом віртуальних активів. Відповідно до визначення, що наводиться у стандартах Групи з протидії відмиванню брудних грошей (FATF), віртуальним активом є цифрове вираження вартості, яким можна торгувати у цифровому форматі або передавати і яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей. Віртуальні активи не охоплюють цифрове вираження стандартних (фіатних) валют, цінних паперів та інших фінансових активів [118]. Аналогічне визначення міститься також у Законі України № 361-ІХ від 06.12.2019 «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню

розповсюдження зброї масового знищення» [102]. Криптовалюта як вид віртуальних активів є активом, що створюється, обліковується та відчужується в розподіленому реєстрі та не посвідчує майнових та/або немайнових прав власника криптовалюти. Під розподіленим реєстром можна розуміти електронну базу даних, що містить записи про виконані операції, і яка формується, зберігається та оновлюється на основі алгоритмів, що забезпечують узгодженість даних між усіма програмно-технічними комплексами, які підтримують функціонування такої бази даних. Іншими словами, криптовалюти – це цифрові (віртуальні) гроші у формі токенів, що створені та обліковуються у розподіленому реєстрі [118].

Враховуючи вищевикладене, зважаючи на юридичну невизначеність правового статусу криптовалюти у законодавстві України, вважаємо за доцільне виключити термін «криптовалюти» з частини 2 примітки до ст. 368-5 КК України, проте включити до неї термін «віртуальні активи», визначення якого закріплено у законодавстві України.

Іншою складовою частиною активів як предмета злочину, передбаченого статтею 368-5 КК України є фінансові зобов'язання.

Зміст цього терміну може бути розкритий через положення п. 9 ч. 1 ст. 46 Закону України «Про запобігання корупції». Зокрема, йдеться про такі фінансові зобов'язання суб'єкта декларування або членів його сім'ї як отримані кредити, позики, зобов'язання за договорами лізингу, розмір сплачених коштів у рахунок основної суми позики (кредиту) та процентів за позикою (кредитом), залишок позики (кредиту) станом на кінець звітного періоду, зобов'язання за договорами страхування та недержавного пенсійного забезпечення [119].

Іншою складовою частиною активів в структурі предмета злочину незаконне збагачення, яку визначив законодавець є роботи чи послуги.

Частиною 1 ст. 509 Цивільного кодексу України серед дій, які боржник зобов'язаний вчинити на користь кредитора за зобов'язанням, нарівні з передачею майна, також передбачено і виконання роботи чи надання послуги. Проте у

багатьох випадках вказані поняття врегульовують майже однакові відносини, що в свою чергу, породжує помилки їх правової кваліфікації. Така спорідненість понять роботи та послуги настільки суттєва, що в юридичній літературі навіть зазначається, що «з точки зору особи, яка надає послугу, відповідна дія є «роботою», а для того, кому (в інтересах кого) вона виконується, – «послугою» [33].

На думку Вороняка А.С., сумбур пояснюється тим, що до 2004 року в законодавстві послуги і роботи були синонімами, розділення відбулося у ЦК України, потім продовжилося у законах і підзаконних нормативно-правових актах. Для потреб публічних закупівель визначення послуг і робіт особливо, регулюється ст. 1 Закону України «Про публічні закупівлі». Для всіх інших різниця між послугами і роботами полягає у тому, що саме оплачується (процес (послуги) чи результат (роботи)). У зобов'язаннях по виконанню робіт на одного з контрагентів покладається обов'язок виконати роботу, яка б завершувалась досягненням певного матеріального результату, а в зобов'язаннях про надання послуг діяльність контрагента спрямована на вчинення юридичних і фактичних дій, які безпосередньо не породжують матеріальних наслідків або зовсім не повинні завершуватися матеріальними наслідками, тобто споживання послуги має місце в процесі її надання, на відміну від роботи, споживання результатів якої зазвичай не збігається з часом її виконання [33].

В чинному законодавстві дані поняття визначені таким чином.

Згідно зі ст. 837 ЦК України, за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Договір підряду може укладатися на виготовлення, обробку, переробку, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові.

Відповідно до ч. 1 ст. 901 ЦК України, за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони

(замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності [141].

Зважаючи на те, що законодавство не дає достатньо чітких критеріїв для розмежування робіт та послуг вважаємо, що для застосування положень статті 368-5 КК України в кожному конкретному випадку органам досудового розслідування потрібно виходити з ознак цих понять, що визначені законодавством, але взятих у єдності. Таким чином, навіть якщо в кожному конкретному випадку буде важко з'ясувати що саме мало місце – роботи чи послуги, аналіз на предмет відповідності зазначених у законодавстві ознак дасть можливість, за відповідної оцінки, розглядати їх як конкретні активи в розумінні статті 368-5 КК України.

Таким чином, з урахуванням зазначеного вище, вважаємо, що текст частини 3 примітки до ст. 368-5 КК України доцільно викласти в такій редакції:

«Під активами слід розуміти кошти, у тому числі електронні гроші, інше майно, майнові та немайнові права, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, а також роботи і послуги, надані службовій особі».

Запропоновані зміни усунуть неузгодженості в частині 3 примітки до статті 368-5 КК України та приведуть національну норму у відповідність до положень Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції, а також інших норм законодавства України.

Варто також вказати, що запропоновані зміни кореспондуються з текстом проекту нового Кримінального кодексу України (станом на 02.04.2025), у якому активи (доходи) – грошові кошти (зокрема, готівкові кошти або такі, що перебувають на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах), інше майно, нематеріальні активи, зокрема в криптовалютах, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, роботи чи послуги, отримані особою [130].

2.1.2 Об'єктивна сторона незаконного збагачення.

Дослідження об'єктивної сторони складу будь-якого злочину, має важливе теоретичне і практичне значення. Це насамперед зумовлено тим місцем, яке надається питанню встановлення об'єктивної сторони злочину органами досудового слідства під час розслідування кримінального провадження. Практика правоохоронних органів свідчить про те, що розв'язання цього питання має першочергове значення у досудовому розслідуванні.

Тим більше це стосується об'єктивної сторони злочину, передбаченого статтею 368-5 КК України, досвід органів досудового розслідування щодо якого є порівняно невеликим. Втім з огляду навіть на незначний досвід розслідувань цього злочину, зокрема, детективами Національного антикорупційного бюро України, можна стверджувати, що сьогодні виникає цілий ряд різних проблем, серед яких вагому частину складають ті, що пов'язані саме зі встановленням об'єктивної сторони цього злочину. Серед останніх – проблеми, що, на думку правоохоронців, безпосередньо породжені самою детермінацією форм об'єктивної сторони у диспозиції статті 368-5 КК України.

Зазначене свідчить про необхідність ґрунтовних наукових досліджень об'єктивної сторони, що в подальшому сприятиме правильній кримінально-правовій кваліфікації відповідного діяння і в кінцевому рахунку вплине на ефективне розслідування вказаного злочину.

Серед багатьох визначень поняття об'єктивної сторони злочину, які зустрічаються сьогодні в теорії кримінального права, важко знайти те, яке б суттєво відрізнялось від інших. На нашу думку, це свідчить, що вчені мають якщо не єдині, то принаймні схожі думки з приводу принципів положень змісту цієї частини складу злочину.

Одне із змістовних визначень цього поняття запропонував П.Л. Фріс. Зокрема, науковець зазначає, що об'єктивна сторона складу злочину – це сукупність ознак, які визначають зовнішню сторону злочину і характеризують

суспільно небезпечне діяння (дію або бездіяльність), його шкідливі наслідки та причинний зв'язок між діянням та наслідками, який зумовив настання останніх, а також місце, час, обстановку, спосіб, стан, знаряддя та засоби вчинення злочину [134, с. 80-81].

Загальновизнаним є те, що основною ознакою об'єктивної сторони злочину є наявність суспільно небезпечного діяння. Суспільно небезпечне діяння є обов'язковою, стержньовою ознакою щодо інших ознак об'єктивної сторони. Без суспільно небезпечного діяння немає злочину [63, с. 96].

При цьому, як слушно зазначає І.М. Ясінь, під час дослідження складу незаконного збагачення особливу увагу слід звернути на зміст суспільно небезпечного діяння та його форми, в яких це діяння може виражатися [150, с. 78]. Саме їх формулювання в тексті статті КК України має, на нашу думку, першочергове значення для правильної кримінально-правової кваліфікації відповідного діяння.

Перш ніж перейти до дослідження змісту та форм суспільно небезпечного діяння, що сформульовані у статті 368-5 КК України, доцільно нагадати, що однією з підстав запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, про які говорилось у розділі 1 дисертаційного дослідження, стала імплементація в національне законодавство ст. 20 «Незаконне збагачення» Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції, підписаної 31.10.2003. У зазначеній статті проголошується, що: «За умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати» [53].

Хоча текст цієї статті говорить лише про можливість визнання умисного незаконного збагачення злочином, це абсолютно не означає, що Конвенція не

переслідує і іншу не менш важливу мету, а саме – ефективне запобігання усім проявам корупції і, безпосередньо незаконному збагаченню. Навпаки, текст Конвенції підкреслює необхідність цього.

Зокрема, у преамбулі до Конвенції зазначено, що Держави - учасниці цієї Конвенції, домовились про положення цієї Конвенції будучи переконаними в тому, що корупція вже не є локальною проблемою, а перетворилася на транснаціональне явище, яке впливає на суспільство й економіку всіх країн, що зумовлює винятково важливе значення міжнародного співробітництва в галузі запобігання корупції та контролю за нею, будучи переконаними також у тому, що всеосяжний і комплексний підхід є необхідним для ефективного запобігання корупції та боротьби з нею, будучи переконаними також у тому, що наявність технічної допомоги може відігравати важливу роль у розширенні можливостей держав, у тому числі через посилення потенціалу та шляхом інституційної розбудови, у галузі ефективного запобігання корупції та боротьби з нею, будучи переконаними в тому, що незаконне придбання особистого майна може завдати серйозної шкоди інститутам демократії, національним економікам та принципу верховенства права, будучи сповненими рішучості більш ефективно запобігати міжнародним переказам незаконно придбаних активів, виявляти й припиняти їх та зміцнювати міжнародне співробітництво в поверненні активів [53].

Зазначене дає, на нашу думку, можливість дійти важливого висновку. А саме: Україна, як і інші країни, що приєднались до Конвенції, зобов'язані розуміти статтю 20 Конвенції як зобов'язання держави розглянути можливість вжиття та вжити таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними та достатніми у цій державі для визнання злочином умисне незаконне збагачення, а також для запобігання, виявлення та протидії йому, що має відбуватись за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи.

На жаль, на сьогоднішній день доводиться констатувати, що частина перешкод, що виникають у сфері запобігання незаконному збагаченню, свідчать про те, що заходи, вжиті Україною у цьому напрямку, не відповідають таким критеріям ст. 20 Конвенції, як необхідність та достатність.

Ми переконані у тому, що чи не найбільша проблема була закладена в конструкції об'єктивної сторони складу злочину, яка передбачала, на нашу думку, покарання не за реальне незаконне збагачення (невідповідне доходам збільшення статків службової особи), а за набуття активів.

За результатами проведеного нами анкетування переважна більшість респондентів, а саме 65,4 % (114 осіб) з усіх опитаних за шкалою від 1 до 10 (де 1 – неефективне, а 10 – 100% ефективне) вважають недієвою з точки зору ефективності досудового розслідування юридичну конструкцію статті 368-5 Кримінального кодексу України (від 1 до 3), 23,1 % (40 осіб з опитаних) дієвість юридичної конструкції статті 368-5 КК України оцінюють від 4 до 6, решта респондентів – 11,5 % (20 осіб з опитаних) від 7 до 10 (Додаток Б).

Закріплена у статті 368-5 КК України диспозиція «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», є, як вбачається, надто загальною і, тому, ускладнює розуміння традиційно зрозумілого факту отримання неправомірної вигоди, а відтак і розуміння змісту і форми суспільної небезпеки цього діяння.

Варто вказати, що 39,6 % (69 осіб) з усіх опитаних респондентів вважають, що формулювання об'єктивної сторони складу злочину «незаконне збагачення» спричиняє найбільше труднощів під час досудового розслідування цього злочину (Додаток Б).

В свою чергу, така «загальність» приписів даної норми посилює проблему розв'язання конкуренції правових норм, її відмежування від злочинів із суміжним складом.

Зазначене свідчить про порушення принципу юридичної визначеності, який, як зазначає Конституційний Суд України у мотивувальній частині Рішення від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019, є одним з головних елементів принципу верховенства права, закріпленого в частині першій статті 8 Основного Закону України [115]. Конституційний Суд України також наголошував на важливості вимоги визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005) [116].

Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеційська Комісія) у Доповіді «Верховенство права», схваленій на її 86-му пленарному засіданні, яке відбулося 25-26 березня 2011 року, зазначила, що одним із неодмінних елементів верховенства права є юридична визначеність (пункт 41); юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишались передбачуваними (пункт 46) [44].

Європейський суд з прав людини у рішенні в справі «Санді Таймс проти Сполученого Королівства № 1 (The Sunday Times v. the United Kingdom № 1) від 26 квітня 1979 року зазначив, що «норма не може розглядатися як «право», якщо її не сформульовано достатньо чітко, що дає змогу громадянину регулювати свою поведінку» (пункт 49) [111].

У рішенні в справі «S.W. проти Сполученого Королівства» (S.W. v. the United Kingdom) від 22 листопада 1995 року Європейський суд з прав людини наголосив, що будь-яке правопорушення має бути чітко визначене в законі, такій вимозі

відповідає стан, коли особа може знати з формулювання відповідного припису, а за потреби – за допомогою його тлумачення судом, за які дії або бездіяльність її може бути притягнуто до кримінальної відповідальності (пункт 35) [79].

Європейський суд з прав людини у рішенні в справі «Солдатенко проти України» (*Soldatenko v. Ukraine*) від 23 жовтня 2008 року зазначив, що, коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності, а також наголосив, що пункт 1 статті 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року не просто відсилає до національного закону, але також стосується «якості закону», вимагаючи від закону відповідності принципів верховенства права; при цьому «якість закону» означає, що у випадку, коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні – для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля (пункт 111) [112].

Дотримання вимоги ясності і недвозначності норм, які встановлюють кримінальну відповідальність, є особливо важливим з огляду на специфіку кримінального закону та наслідки притягнення до кримінальної відповідальності, адже притягнення до такого виду юридичної відповідальності пов'язане з можливими істотними обмеженнями прав і свобод людини [115].

Погоджуючись з позицією Конституційного Суду України та Європейського Суду з прав людини ми водночас вважаємо за необхідне підкреслити і іншу сторону проблеми порушення принципу юридичної невизначеності, а саме – подальша складність, а подекуди неможливість ефективного розслідування конкретних злочинів та притягнення до відповідальності справжніх злочинців.

Тим більше це стосується злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України, де від юридичної визначеності об'єктивної сторони залежить правильність кваліфікації дій саме як незаконного збагачення, а не як злочинів із суміжним складом.

Справа в тому, що існуюча в Україні система корупції створює умови для незаконного збагачення як в результаті корупційних дій (хабарництва), так і в різних формах замаскованої латентної економічної злочинності (так званої «білокомірцевої злочинності»), факти та обставини вчинення яких складно виявляти та викривати, наприклад, так звані «відкати», маніпуляції з ПДВ, недоведені факти рейдерства, замаскованих шахрайських дій в сфері бізнесу, банківської, кредитної, інвестиційної, фінансової діяльності, приватизації, маніпуляцій на фондовому ринку, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, ухилення від сплати податків та обов'язкових платежів тощо. Відповідно особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зобов'язані декларувати свої доходи, а в разі наявності у них активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, підпадають під дію коментованої статті. Ми переконані, що за указаної редакції статті 368-5 КК України це видається малоімовірним [146, с. 79-80].

І справа тут, на нашу думку, як раз в тому, що законодавець вже в самій конструкції об'єктивної сторони ст. 368-5 КК України припустився порушення принципу достатності та необхідності заходів, яких має вжити держава, що передбачені Конвенцією ООН проти корупції, і про які йшлося вище.

Недотримання принципу достатності в цьому випадку полягає в тому, що формулювання об'єктивної сторони зазначеного складу в існуючому вигляді, не є достатнім для того щоб ефективно розслідувати цей злочин.

Зокрема, у диспозиції статті 368-5 КК України мова йде про 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.

З першого погляду здається, що криміналізація незаконного збагачення має серйозні наміри і дає певні сподівання суспільству на позитивні зрушення в

питанні запобігання корупції. Адже суб'єкти злочину – особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, перелік яких визначений у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції».

Водночас більш детальний аналіз змісту суспільно небезпечного діяння, визначеного диспозицією статті 368-5 КК України, а також практика діяльності Національного антикорупційного бюро свідчать про суттєві вади такого формулювання об'єктивної сторони.

Передусім підтвердженням цьому, як вбачається, є, зокрема, використання в диспозиції ст. 368-5 КК України терміну «набуття активів». В цьому випадку можемо говорити про суперечність положенням ст. 20 Конвенції, яка використовує термін «збільшення активів». Тобто ми вважаємо, що існує відчутна різниця між цими поняттями, яка здатна суттєво впливати на розслідування цього злочину. Спробуємо розглянути детальніше.

У частині 2 примітки до статті 368-5 КК України під набуттям активів визначається набуття їх особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність, а також набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Під набуттям особою активів у власність, О.І. Гузоватий розуміє лише передбачену цивільним законодавством форму виникнення цивільних прав та обов'язків. На підставі цього вчений вважає моментом закінчення незаконного збагачення у формі «набуття» зазначених активів особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, низки вимог визначених нормативно-правовими актами щодо оформлення права власності на

предмет злочину – визначені законом види активів. Наприклад, якщо предметом злочину буде нерухома річ, яка підлягає державній реєстрації, то право власності в особи виникне лише з моменту державної реєстрації права власності на нерухоме майно, і лише після цього злочин буде вважатися закінченим [39, с. 110]. Отже, сутність розглядуваної активної дії полягає в оформленні суб'єктом незаконного збагачення права власності на активи, які йому не належать і не можуть належати. При цьому сам процес офіційного фіксування цієї правомочності відповідає закону. Як наслідок, особа стає власником таких активів. У цьому випадку має місце надання права власності й самому об'єкту власності зовнішнього вираження правомірності. Однак їхній зміст свідчить про відсутність законних підстав для здійснення оформлення названого речового права, що встановлюється у результаті слідчих, судових та інших кримінально-процесуальних дій [42, с. 112-113].

В частині доведення, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними, слід зазначити, що з положень прийнятого Закону України «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» однозначно не впливає порядок такого доведення: чи воно повинно здійснюватися в межах одного провадження з притягненням особи до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення чи визнання необґрунтованими активів та стягнення їх в дохід держави відповідно, чи це повинна бути окрема процедура доведення, чи порядок доведення у кримінальному та цивільному провадженнях однаковий, чи є відмінності тощо. Зокрема відсутність регламентованих процедур доказування може негативним чином позначитися на цивільних провадженнях де процесуальним законом

проголошено рівність сторін і позивач у таких провадженнях не матиме достатнього процесуального інструментарію для доказування фактів набуття необґрунтованих активів через третіх осіб.

В частині використання поняття «доручення» слід зазначити, що Цивільний кодекс України визначає умови та порядок укладення цивільного договору доручення. Отже із прийнятої редакції чітко не вбачається чи повинне таке доручення відповідати вимогам Цивільного кодексу України, чи для цілей кваліфікації незаконного збагачення, а також визнання необґрунтованими активів та стягнення їх в дохід держави має містити дещо інші ознаки.

Окрім того, слід звернути увагу на те, що наведене положення частини 2 примітки до статті 368-5 КК України зазнало змін концептуального характеру у порівнянні із прийнятим за основу законопроектом. Так, при визначенні набуття активів третіми особами вже не йдеться про право володіння, а про «дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження». Слід звернути увагу, що подібні дефініції у законодавчих актах не вживаються.

Тобто в цьому випадку мова йде про те, що набуття активів потребує доведення, але при цьому процедуру такого доведення не визначено чітко і достатньо.

В свою чергу термін «збільшення», який використовує Конвенція, є значно простішим з погляду розуміння його змісту і доказування, а його використання в статті 368-5 КК України, на нашу думку, дозволить уникати зазначених вище складнощів у розслідуванні. Збільшення повинно передбачати встановлення різниці між вартістю набутих активів та доходами суб'єкта злочину, що цілком відповідатиме змісту статті 20 Конвенції ООН проти корупції.

При цьому, що вкрай важливо для органу досудового розслідування і суду, не потрібно встановлювати джерело незаконного збагачення. Достатньо підтвердити збільшення активів поза законними доходами службової особи. У випадку ж виявлення інших кримінально-караних способів збагачення (наприклад,

отримання неправомірної вигоди, шахрайство тощо), такі дії необхідно додатково кваліфікувати відповідно до закріплених у КК України складів злочинів.

Дотримання іншого принципу, встановленого Конвенцією, про який йшлося вище, а саме – принципу необхідності заходів з боку держави, на нашу думку, полягатиме в тому, що потрібно передбачити більш прості і прозорі правила притягнення до відповідальності за незаконне збагачення, включаючи реалізацію ідеї «нульової декларації». В такому разі схема складу злочину, який можна буде доказувати значно простіше, а отже забезпечувати невідворотність покарання, виглядатиме таким чином: виявляються активи (усі статки чиновника), з чого вираховуються задекларовані нульовою декларацією активи та доходи службової особи (такий має бути прозорим і теж зафіксований). В залишку маємо отримати незаконне збагачення.

Таким чином, враховуючи зазначене вище, ми вважаємо, що принциповим аспектом нової редакції диспозиції ст. 368-5 КК України є визначення незаконного збагачення саме як різниці у вартості між набутими активами та доходами службової особи.

Не менш дискусійним є, на нашу думку і розуміння встановленого законодавцем змісту терміну «законні доходи».

Зокрема, частина 4 примітки до статті 368-5 КК України під законними доходами особи розуміє доходи, правомірно отримані особою із законних джерел, зокрема визначених пунктами 7 і 8 частини першої статті 46 Закону України «Про запобігання корупції» [101].

Звертає на себе увагу використання словосполучення «доходи, правомірно отримані...». В цьому випадку передусім не викликає сумнівів той факт, що правомірне отримання доходу є одним з проявів правомірної поведінки. Важливо зазначити, що ані поняття «правомірне отримання доходу» ані поняття «правомірна поведінка» не визначаються ні Кримінальним кодексом ні іншим законодавством України.

В такому випадку вбачаємо за доцільне звернутись до положень теорії держави і права, яка є фундаментом правових знань для усіх галузевих юридичних наук.

Зокрема, Шмоткін О.В. пропонує таке визначення поняття правомірної поведінки: правомірна поведінка – це соціально корисна правова поведінка суб'єктів права, яка не суперечить приписам правових норм або основним принципам права [143, с. 338].

Тобто виходячи з цього визначення можна зрозуміти, що правомірною можна назвати поведінку, яка не суперечить не тільки приписам правових норм, а й основним принципам права. Звідси можна зробити висновок, що протиправною може бути поведінка, яка відповідає правовим приписам але водночас суперечить правовим принципам.

Соціальну сутність правопорушення не можна розглядати без визначення його поняття, без встановлення тих загальних складових ознак, які властиві всім різновидам цього особливого суспільного явища.

Найбільш поширеним в навчальній літературі є погляд, за яким правопорушення розглядається як підстава юридичної відповідальності. Так, О.Ф. Скакун вважає правопорушенням суспільно небезпечне або шкідливе неправомірне (протиправне) винне діяння (дію чи бездіяльність) деліктоздатної особи, що тягне юридичну відповідальність [124, с. 454].

В цьому контексті Барчук В.Б. зазначає, що будь-яке явище суспільного характеру, перш ніж воно отримає оцінку з боку суспільства, повинно бути зафіксовано ним на емпіричному рівні, тобто відбутися в об'єктивній дійсності, стати фактом. Для того, щоб надати цьому факту того чи іншого значення суспільство повинно володіти певними критеріями, мати певні підстави, які б могли аргументувати його ставлення до цього явища. У випадку з правопорушенням таким критерієм є наявність в діянні загрози для інтересів суспільства, інакше кажучи наявність суспільної небезпеки. Лише усвідомлюючи

її, суспільство може надати тій чи іншій поведінці людини статус правопорушення, фіксуючи її в праві як протиправну [20, с. 24]. Тому, на нашу думку, в соціологічній інтерпретації правопорушення на перший план повинні виходити такі його характеристики як суспільна небезпека та її юридична форма – протиправність. Інші характеристики в даному випадку будуть виступати як такі, що визначають якісні та кількісні показники суспільної небезпеки

З поняттям суспільної небезпеки тісно пов'язане поняття протиправності. Цей зв'язок, як вже зазначалось, має прояв у тому, що протиправність є юридичним виразом суспільної небезпеки, інакше кажучи, віднесення законодавством певного діяння до числа протиправних є усвідомлення суспільством об'єктивного факту суспільної небезпеки.

Як зазначає Барчук В.Б., загальновідомим є уявлення про те, що протиправність виникає внаслідок порушення правової заборони або внаслідок невиконання юридичного обов'язку. Однак, це лише один бік протиправності, хоча і важливий. Інший її бік полягає в тому, що певні діяння порушують правопорядок (в цілому чи в окремих сферах суспільного життя) незалежно від того, чи визнані ці діяння в законодавстві як правопорушення і чи визнана законом міра відповідальності за них. Тобто протиправність певного діяння може існувати поза визнанням його суспільством як такого у законі.

Зазначене стає зрозумілим, якщо звернутися до розуміння правопорушення як масового соціального явища. Справа в тому, що існує певний проміжок часу між скоєнням певних дій і усвідомленням їх небезпеки суспільством через закріплення в законодавстві як правопорушення. В такий проміжок ці діяння залишаються поза межами законодавчого регулювання незалежно від того чи одиничний випадок мало діяння чи масовий. Але це, водночас, не заважає їм (діянням) негативно впливати на певні суспільні відносини і нести небезпеку для суспільства [20, с. 26].

Зазначений соціологічний підхід до розуміння протиправності тісно пов'язаний зі проблемою співвідношення права і закону, одним з аспектів якої є те, що закон і право не завжди співпадають.

Зокрема, це питання свого часу розглядалось Конституційним Судом України. Зокрема, у рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 Суд слушно зазначив таке.

Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.

У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення [113].

Зазначене свідчить про те, що правомірність не можна ототожнювати з законністю, як і протиправність з порушенням закону, оскільки діяння може відповідати закону але бути водночас протиправним, тобто суперечити правовим принципам, бути проти права.

Щодо диспозиції статті 368-5 КК України, то як вказувалось вище, визначення понять «правомірне отримання доходу» і «правомірна поведінка» в законодавстві України загалом відсутні. В Законі України «Про запобігання корупції» міститься лише поняття неправомірної вигоди, під яким розуміються грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав. Тобто в цьому випадку законодавець фактично ототожнює терміни правомірність і законність. Виходячи з проведеного вище аналізу можна стверджувати, що це значно звужує зміст поняття правомірності лише до того, що відповідає закону. Разом з тим незаконно збагачуватись злочинці можуть використовуючи цілком законні засоби але використовуючи їх у протиправних цілях.

Це може мати місце і у випадках, про які ми вже згадували, коли незаконне збагачення відбувається в різних формах замаскованої латентної економічної злочинності (так званої «білокомірцевої злочинності»), яка часто використовує законні механізми.

Зазначене доводить, що запропоноване в диспозиції статті 368-5 КК України словосполучення «законні доходи» може по-різному тлумачитися суб'єктами правозастосування саме через відсутність чіткої визначеності, і, відповідно, передбачуваності.

Щодо останнього, то у рішенні від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010 Конституційний Суд України наголошував, що «обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм,

встановлюваних такими обмеженнями» (абзац третій підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини Рішення) [116].

Діяльність Національного антикорупційного бюро свідчить, що іншим проблемним аспектом, закладеним у диспозиції об'єктивної сторони статті 368-5 Кримінального кодексу України, є використання юридичної конструкції «перевищує її законні доходи», що також характеризується правовою невизначеністю, оскільки неможливо однозначно визначити, за який саме період необхідно буде оцінювати доходи відповідної особи для встановлення у її діяннях складу злочину у вигляді незаконного збагачення, а відтак і визначити алгоритм розрахунку розміру (вартості) відповідних активів у контексті наявності/відсутності у діяннях відповідної особи ознак цього злочину.

За результатами проведеного нами анкетування переважна більшість респондентів, а саме 67,3 % (117 осіб) з усіх опитаних переконані в тому, що словосполучення «законні доходи» в його розумінні статтею 368-5 КК України є недостатньо визначеним, а 81,1 % (141 особа) вказують, що у них виникають складнощі під час досудового розслідування у зв'язку з відсутністю у диспозиції статті 368-5 КК України періоду, за який необхідно оцінювати доходи відповідної особи для встановлення у її діяннях складу злочину у вигляді незаконного збагачення (Додаток Б).

Вважаємо за необхідне також звернути увагу і на те, що факт наявності в діяннях винної особи усіх ознак складу злочину, передбаченого статтею 368-5 КК України пов'язується із набуттям відповідних активів безпосередньо особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Виникає питання: чи будуть братися до уваги при встановленні ознак об'єктивної сторони складу злочину у вигляді незаконного збагачення у діяннях відповідного суб'єкта доходи членів сім'ї такої особи, які на законних підставах отримують високий дохід?

Частина 4 примітки до статті 368-5 КК України визначає під законними доходами ті, що правомірно отримані з законних джерел, зокрема визначених пунктами 7 і 8 частини першої статті 46 Закону України «Про запобігання корупції», яка визначає перелік відомостей, що зазначаються у декларації, яку подають особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Пунктом 7 до таких відомостей віднесені отримані доходи суб'єкта декларування або членів його сім'ї, у тому числі доходи у вигляді заробітної плати (грошового забезпечення), отримані як за основним місцем роботи, так і за сумісництвом, гонорари, дивіденди, проценти, роялті, страхові виплати, благодійна допомога, пенсія, доходи від відчуження цінних паперів та корпоративних прав, подарунки та інші доходи [101]. З наведеного змісту пункту 7 статті 46 Закону не зрозуміло, що саме слід вважати джерелом доходу, і, безпосередньо, чи можуть бути джерелом доходу для особи, зазначеної у статті 368-5 КК України, доходи членів його сім'ї?

Національне агентство з питань запобігання корупції, звертаючи увагу на непоодинокі випадки неправильного зазначення в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, даних щодо джерела того чи іншого доходу, надало відповідне роз'яснення, в якому, зокрема, зазначалось наступне.

Відповідно до статті 46 Закону України, відомості щодо доходу суб'єкта декларування або члена його сім'ї включають дані про вид доходу, джерело доходу та його розмір. При цьому, під джерелом доходу слід розуміти фізичну або юридичну особу, яка виплатила (нарахувала) такий дохід, а не самого суб'єкта декларування чи члена його сім'ї, які такий дохід отримали [118].

Наприклад: джерелом доходу у вигляді заробітної плати є організація, у якій працює суб'єкт декларування або член його сім'ї і яка виплатила (нарахувала) таку заробітну плату; джерелом доходу у вигляді дивідендів є юридична особа,

корпоративними правами якої володіє суб'єкт декларування або член сім'ї; джерелом подарунку є особа, яка подарувала відповідний об'єкт.

Винятком є дохід від зайняття підприємницькою або незалежною професійною діяльністю члена сім'ї, коли сам член сім'ї може бути вказаний джерелом свого доходу від такої діяльності. Це не стосується суб'єктів декларування, які таку діяльність здійснювати не можуть згідно із законодавством [118].

Таким чином, доходи членів сім'ї особи, зазначеної у диспозиції статті 368-5 КК України, які, наприклад, у законних способів отримують високий дохід не можуть вважатись джерелом її доходу і при встановленні ознак об'єктивної сторони складу злочину у вигляді незаконного збагачення у діяннях відповідного суб'єкта, не будуть братися до уваги.

Відтак, можливі дві негативні ситуації. Перша – коли до кримінальної відповідальності буде притягтися особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка хоч і набула у власність активи, вартість яких більш ніж на шість з половиною тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, однак набуття таких активів відбулося виключно за рахунок законних доходів членів її сім'ї. Друга – коли така особа навпаки може уникнути відповідальності у випадку, якщо з її допомогою члени її сім'ї отримали у власність зазначені активи. Остання сьогодні досить часто зустрічається в Україні, коли службові особи приховують активи, отримані в результаті своєї протиправної діяльності, оформлюючи їх на членів сім'ї або близьких родичів.

За результатами проведеного нами опитування переважна більшість респондентів, а саме 79,2 % (138 осіб) з усіх опитаних переконані, що доходи членів сім'ї, особи, зазначеної у статті 368-5 КК України повинні також визначатись у її диспозиції і, відповідно, враховуватись під час оцінки

відповідного діяння, решта респондентів 20,8 % (36 осіб) висловили протилежну думку (Додаток Б).

Отже, ми вважаємо, що доходи членів сім'ї, особи, зазначеної у статті 368-5 КК України також повинні визначатись у її диспозиції і, відповідно, враховуватись під час кримінально-правової кваліфікації відповідного діяння.

Викликає заперечення також вартість активів, яка передбачена статтею 368-5 КК України. Порівняно з визнаною неконституційною статтею 368-2 КК України, в якій поріг вартості становив лише тисячу неоподаткованих мінімумів доходів громадян, у статті 368-5 ця межа є значно вищою – більш, ніж на шість з половиною тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Відтак, існуюча редакція статті 368-5 КК України зменшує кількість потенційних кримінальних проваджень про незаконне збагачення, оскільки якщо сума незаконно набутих активів буде меншою ніж шість з половиною тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, відповідна особа не буде піддаватися кримінальному переслідуванню за вчинення суспільно-небезпечного діяння. На нашу думку, варіант, що був передбачений статтею 368-2 КК України цілком виправданий і логічний, оскільки станом на 1 січня 2025 року неоподаткований мінімум доходів громадян для цілей застосування норм кримінального законодавства в частині кваліфікації злочинів дорівнює 1514 грн., значний розмір активів у межах статті 368-5 КК України буде мати місце, якщо їх вартість перевищить 9 млн. 841 тис. грн. Враховуючи те, що середня заробітна плата в Україні станом на вересень 2024 року становить 18020 грн [123], для отримання відповідного доходу особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може знадобитися більше ніж 45 років життя, а отже й коло потенційних суб'єктів складу злочину у вигляді незаконного збагачення суттєво обмежується. Наведена позиція підкріплюється ще й положенням про те, що при визначенні різниці між вартістю набутих активів та законними доходами не враховуються активи, які є предметом

провадження у справах про визнання активів необґрунтованими та їх стягнення в дохід держави.

Вважаємо, що за конструкцією об'єктивної сторони кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368-5 КК України є з формальним складом і є закінченим з моменту набуття активів у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або можливість суб'єкта злочину прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Варто також наголосити, що стаття 9.5.11 проєкту нового Кримінального кодексу України також містить склад кримінального правопорушення «Незаконне збагачення». Робоча група, яка працює над проєктом нового КК України визначає незаконне збагачення як злочин 3 ступеню, а діяння полягає в набутті особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування активів, вартість яких більше ніж на тридцять п'ять тисяч розрахункових одиниць перевищує її законні активи [130].

З урахуванням викладеного вище, пропонуємо диспозицію статті 368-5 КК України викласти у такій редакції: «Умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення службовою особою активів, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».

Вважаємо, що це стало б засобом належної імплементації в національне законодавство статті 20 «Незаконне збагачення» Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції.

Запропоновані зміни до диспозиції статті 368-5 КК України також в повній мірі враховували б правові позиції Конституційного Суду України, який дійшов висновку, що визначальними елементами верховенства права є принципи рівності і справедливості, правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає

необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005), а також висновок, викладений у Рішенні від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019, відповідно до якого, стаття 368-2 КК України не узгоджується з конституційним принципом презумпції невинуватості (частина перша, друга, третя статті 62 Конституції України) та з конституційним приписом щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (частина перша статті 63 Конституції України).

2.2 Суб'єктивні ознаки складу злочину «незаконне збагачення».

2.2.1 Суб'єкт незаконного збагачення.

Мета криміналізації незаконного збагачення очевидна й зумовлена гострими суспільними викликами в Україні. Серед таких викликів – рівень політичної корупції, який загрожує спроможності держави здійснювати базові функції. Іншими словами, рішення законодавця щодо встановлення кримінальної відповідальності за відповідне діяння має підґрунтя як у фундаментальних конституційних цінностях, так і, м'яко кажучи, підтверджується суспільним контекстом. Фундаментальними цінностями Конституції України, як випливає зі змісту її преамбули, є забезпечення прав і свобод людини, а також розвиток демократичної та правової держави. Згідно з частиною другою статті 3 Конституції України головний обов'язок держави – утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Реальне забезпечення прав і свобод залежить від ефективності та відповідальності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб. Корупція в сфері здійснення повноважень останніх є загрозою для гарантування прав і свобод людини та прямо суперечить конституційному обов'язку держави й цілям самої Конституції України. Відтак протидія корупції в Україні акумулює і потреби дієвості конституційних гарантій щодо індивідуальних прав і свобод людини, і публічний інтерес [81, с. 4].

Не менш важливим елементом складу будь-якого злочину є його суб'єкт. Його належна кримінально-правова характеристика дозволяє з одного боку правильно визначити особу, яка повинна нести відповідальність за вчинення конкретного злочину, а з іншого – запобігти випадку незаконного притягнення до відповідальності невинуватої особи і, таким чином, запобігти грубому порушенню її прав.

Тим більше це стосується злочину «незаконне збагачення», у складі якого фігурує спеціальний суб'єкт, тобто такий, що володіє визначеними характеристиками, які, власне, виокремлюють його серед багатьох інших суб'єктів. Відповідь на питання хто саме є суб'єктом зазначеного злочину важлива для розуміння співвідношення прав людини, з одного боку, і спеціального статусу певної категорії осіб, з іншого.

Цілком зрозуміло, що незаконне збагачення це не єдиний склад злочину, елементом якого є спеціальний суб'єкт. У зв'язку з цим, для забезпечення єдиного підходу до розуміння терміну «спеціальний суб'єкт» у всіх складах злочину, де він використовується, КК України у Загальній частині поряд з іншими термінами дає і його визначення. І це, як вбачається, повинно було б створити фундамент, на якому б базувались відповідні положення особливої частини КК України, що в свою чергу дозволяло б запобігати будь-яким суперечностям між різними нормами кримінального кодексу і в кінцевому випадку, що найголовніше, уникати помилкової кримінально-правової кваліфікації відповідних діянь.

Водночас, на нашу думку, стосовно складу злочину «незаконне збагачення», на жаль, сьогодні доводиться констатувати, що в системі КК України існують суттєві проблеми як у відповідності різних норм одна одній так і загалом у підході до розуміння суб'єкта цього злочину.

Все це говорить про необхідність здійснення дослідження суб'єкта незаконного збагачення з метою вироблення відповідних обґрунтованих пропозицій щодо внесення змін до кримінального законодавства і, таким чином, приведення елементів його системи у відповідність та узгодженість.

Окрім того, як зазначає О.П. Деніга, комплексне дослідження особливостей суб'єкта злочину буде мати позитивний вплив на повноту та всебічність розслідування і здійснення провадження в суді у справах про незаконне збагачення, а також даватиме комплексне уявлення про особу злочинця. Останнє з наведених завдань матиме не лише кримінально-правове значення, а й кримінологічне,

оскільки доповнюватиме систему наукових знань про відповідного суб'єкта злочину і сприятиме, з методологічного погляду, діям щодо виявлення та попередження здійснення особами незаконного збагачення [42, с.127].

Передусім зазначимо, що формулювання суб'єкта складу злочину «незаконне збагачення» неодноразово зазнавало змін у КК України.

Так у первинній редакції статті 368-2 КК України кримінальна відповідальність наставала у випадку одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва [95]. Зі змісту диспозиції вбачається, що суб'єкт злочину спеціальний – службова особа.

У 2014 році у зв'язку з прийняттям Закону № 1698-VII від 14.10.2014 ст. 368-2 КК України зазнала відчутних редакційних змін стосовно суб'єкта злочину. З одного боку в статтю введено новий термін – особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а з іншого – запроваджено диференціацію кримінальної відповідальності залежно від того, наскільки відповідальним є становище особи. Зокрема, ч. 2 визначала суб'єктом злочину службову особу, яка займає відповідальне становище, і за ч. 3 – службову особу, яка займає особливо відповідальне становище [97].

І тут, як слушно підкреслює у своєму дисертаційному дослідженні О.І. Гузоватий, треба зазначити, що про особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як спеціального суб'єкта злочину не згадується ні в примітках до відповідних статей розділу XVII КК України, ні у самій ст. 18 КК України [37, с.121].

Після визнання відомим рішенням Конституційного Суду України статтю 368-2 КК України неконституційною і введення в Кримінальний кодекс України Законом № 263-IX від 31.10.2019 статті 368-5, редакція якої є чинною і сьогодні, суб'єктний склад знову змінився. Суб'єктом злочину визначено особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування без

будь-якої подальшої диференціації як це було в останній редакції статті 368-2 [64]. При цьому, як і стаття 368-2, примітка до статті 368-5 особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, визначають осіб, зазначених у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції». Виходячи з останнього, такими особами є:

а) Президент України, Голова Верховної Ради України, його Перший заступник та заступник, Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр України, віце-прем'єр-міністри України, міністри, інші керівники центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, та їх заступники, Голова Служби безпеки України, Генеральний прокурор, Голова Національного банку України, його перший заступник та заступник, Голова та інші члени Рахункової палати, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Уповноважений із захисту державної мови, Голова Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Голова Ради міністрів Автономної Республіки Крим;

б) народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови;

в) державні службовці, посадові особи місцевого самоврядування;

г) військові посадові особи Збройних Сил України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України та інших утворених відповідно до законів військових формувань, крім військовослужбовців строкової військової служби, курсантів вищих військових навчальних закладів, курсантів вищих навчальних закладів, які мають у своєму складі військові інститути, курсантів факультетів, кафедр та відділень військової підготовки;

г) судді, судді Конституційного Суду України, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої ради правосуддя, посадові особи секретаріату Вищої ради правосуддя, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, посадові особи секретаріату цієї Комісії,

посадові особи Державної судової адміністрації України, присяжні (під час виконання ними обов'язків у суді);

д) особи рядового і начальницького складу державної кримінально-виконавчої служби, податкової міліції, особи начальницького складу органів та підрозділів цивільного захисту, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України;

е) посадові та службові особи органів прокуратури, Служби безпеки України, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України, дипломатичної служби, державної лісової охорони, державної охорони природно-заповідного фонду, центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, і центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику;

є) Голова, заступник Голови Національного агентства з питань запобігання корупції;

ж) члени Центральної виборчої комісії;

з) поліцейські;

и) посадові та службові особи інших державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим;

і) члени державних колегіальних органів;

ї) Керівник Офісу Президента України, його Перший заступник та заступники, уповноважені, прес-секретар Президента України;

й) Секретар Ради національної безпеки і оборони України, його помічники, радники, помічники, радники Президента України (крім осіб, посади яких належать до патронатної служби та які обіймають їх на громадських засадах) [101]

Таким чином, поверхневий огляд змін, яких зазнавало формулювання у КК України диспозиції статті про незаконне збагачення, свідчить про певну «конкуренцію» двох термінів, які використовував тут законодавець визначаючи суб'єкт злочину, а саме «службова особа» і «особа, уповноважена на виконання

функцій держави або місцевого самоврядування». При чому, можна стверджувати, що останній фактично поступово витіснив перший.

Зважаючи на зазначене можна було б припустити, що така заміна термінології повинна була вдосконалити визначення суб'єкта злочину, змінивши його назву. Але яким чином і чи це сталося так насправді?

І.М. Ясінь зазначає, що до моменту внесення цих законодавчих змін суб'єкт незаконного збагачення у диспозиції статті 368-2 позначався термінологічним зворотом «службова особа». У пояснювальній записці до відповідного законопроекту доцільність зміни формулювання поняття спеціального суб'єкта основного складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, не обґрунтовували. Більше того, про необхідність заміни одного поняття на інше навіть не згадували [150, с. 91].

У п. 2 «Цілі і завдання прийняття акта» пояснювальної записки до проекту Закону «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», яким передбачалось введення до КК України статті 368-5 зазначено, що законопроект спрямований на відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а також на запровадження інституту стягнення в дохід держави необґрунтованих активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування [93]. Але в тексті і цього документу жодним чином не обґрунтовано запровадження зазначеного терміну.

В цьому контексті вважаємо також за необхідне нагадати, що стаття 20 Конвенції ООН проти корупції не містить ані терміну «службова особа», ані «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». У вказаному міжнародному документі використовується термін «державна посадова особа».

У зв'язку з зазначеним виникає декілька важливих, як вбачається, запитань. По-перше, як співвідносяться поняття «службова особа», «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» і «державна посадова особа»? По-друге, чи дійсно вдосконалило введення терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» КК України і, відповідно, чи було це необхідно?

Щодо першого питання, то як слушно зазначає у своєму дисертаційному дослідженні І.М. Ясін, поняття «службова особа» у кримінальному праві України, співвідношення його із поняттям «посадова особа», «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», у всі часи було у центрі уваги науковців. Тому, враховуючи той факт, що на сьогодні існує велика кількість наукових праць, присвячених відповідній проблематиці, навряд чи лишилися прогалини, які можна заповнити у цій дисертації. Проте, слід лише звернути увагу, що відсутність уніфікованого підходу щодо розуміння вище зазначених термінів, призводить до того, що вони (терміни) вживаються у текстах правових актів, як синоніми. І такої позиції притримуються більшість вчених-криміналістів [150, с. 95-96].

Вважаємо, що в даному випадку стосовно співвідношення термінів «службова особа» і «посадова особа» доцільно звернутись до думки М.В. Кочерова. Зокрема, у своїй статті «Поняття службової особи, як суб'єкта незаконного збагачення» досліджуючи суб'єкт незаконного збагачення у редакції статті 368-2 КК України він підкреслює, що суб'єктом цього злочину є службова особа, визначення якої міститься у ч.ч. 1, 2 примітки до ст. 364 КК України. Необхідність конкретизації із посиланням на певну норму зумовлена наявністю у кримінальному законі ще одного визначення службової особи, наведеного у ч.ч. 3, 4 ст. 18 КК України, яке за своїм змістом є значно ширшим від попереднього, оскільки охоплює більш широке коло осіб, зокрема не лише так званих публічних службових осіб, а й приватних службових осіб також. З урахуванням визначення

службової особи, наведеного у ч.ч. 1, 2 примітки до ст. 364 КК України, можна зробити висновок, що службова особа характеризується двома групами взаємозумовлених ознак. Перша група ознак характеризує повноваження особи – коло дій, пов'язане з її функціональними обов'язками (виконання владних, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій), через вчинення яких, особа визнається службовою. Така група ознак, як слушно зазначає В. О. Навроцький, може бути названа функціональною [75. с. 19-21.]. Друга група ознак відображає належність особи відповідно до займаної посади чи наділення функціями тимчасово чи за спеціальним повноваженням до певного органу, підприємства, установи, організації (органу державної влади чи місцевого самоврядування, державного чи комунального підприємства, установи чи організації). Цю групу ознак можна назвати посадовою. Для визнання особи службовою необхідне поєднання двох цих складових, наявність лише посадової ознаки за відсутності у особи функціональної ознаки, так само як і навпаки, не може бути підставою для визнання особи службовою. Саме з необхідності такого поєднання вказаних ознак та приведення назви спеціального суб'єкта у відповідність із змістом поняття службової особи, на нашу думку, крім іншого, і виходив законодавець, змінивши термінологію понятійних елементів злочинів у сфері службової діяльності та вказавши «службова особа» замість «посадова». Своєю чергою, до функціональних ознак службової особи, як ми вже зазначали раніше, належать функції представників влади та місцевого самоврядування, організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції [57, с. 37-38].

Він також звертає увагу, що до внесення Законом № 3207-VI змін до Кримінального кодексу в ч. 1 примітки до ст. 364 КК України йшлося про здійснення функцій лише «представниками влади». Доповнення норми вказівкою про здійснення функцій «представниками місцевого самоврядування» зумовлене, на його думку, тим, що Конституція України не відносить органи місцевого самоврядування до органів державної влади. Аналогічне твердження міститься й у

Рішенні Конституційного Суду України від 26 березня 2002 р. № 6-рп/2002 у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 28 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад народних депутатів» (справа про охорону трудових прав депутатів місцевих рад), де зазначено, що органи місцевого самоврядування не є органами державної влади, їх слід розглядати як форму здійснення народом влади, яка визнається і гарантується в Україні. Слід зауважити, Кочеров М.В. підкреслює, що законодавець, надаючи визначення службової особи у примітці до ст. 364 КК України, пов'язує функціональні ознаки службової особи не лише з тим, що вона виконує функції представника влади чи місцевого самоврядування, а й з виконанням нею організаційно-розпорядчих та/чи адміністративно-господарських функцій. Ці функції особа може здійснювати як альтернативно, так і одночасно (крім випадку поєднання функцій представника влади та представника місцевого самоврядування), наприклад, бути одночасно представником влади та уповноваженим виконувати адміністративно-господарські чи/та організаційно-розпорядчі функції [57, с. 39].

Як зазначалось вище, стаття 20 Конвенції ООН проти корупції вживає термін «державна посадова особа». Цілком зрозуміло, що останній не є тотожним до терміну «посадова особа». Різниця між ними полягає у тому, що державні посадові особи – особи, посади яких безпосередньо пов'язані з державною владою. В свою чергу посадові особи включають як представників державної влади так і влади недержавної, місцевої, тобто місцевого самоврядування. Отже, друге поняття поглинає перше і, відповідно, є більш широким, тобто включає ширше коло осіб.

Зважаючи на зазначене вище, можна дійти попереднього висновку про те, що термін «службова особа», поданий у примітці до статті 364 КК України охоплює як термін «державна посадова особа», вживаний у Конвенції ООН проти

корупції, так і термін «посадова особа», який включає в себе більш широке коло осіб.

Порівнюючи терміни «службова особа» і «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» слушних висновків дійшла І.М. Ясінь. Хоча автор досліджувала диспозицію статті 368-2 КК України, але її висновки, як вбачається, також залишаються актуальними, оскільки частина 1 примітки до цієї статті стосовно поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» відсилала до пункту 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції», що повністю відтворене і у чинній статті 368-5 КК України.

Зокрема, науковець зазначає, що суб'єкт розглядуваного складу злочину сформульований за принципом, так званого, спеціально-конкретного суб'єкта. У кримінально-правовій літературі спеціально-конкретний суб'єкт розглядається як різновид спеціального суб'єкта, ознаки якого деталізовані щодо конкретного складу злочину, вужче описані, виходячи перш за все зі специфіки порушуваних злочином суспільних відносин. Спеціальний суб'єкт є родовим поняттям щодо спеціального-конкретного суб'єкта, який є видовим поняттям. Тож, спеціально-конкретним суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Родовим щодо останнього є поняття «службова особа». З цього випливає, що суб'єкт незаконного збагачення, крім видових ознак, повинен бути наділений всіма ознаками «службової особи». У ч. 3 ст. 18 КК України в редакції Закону України № 3207-VI закріплено, віддавна відомий теорії і практиці кримінального права, поділ службових осіб на такі три категорії, що виділяються за змістом виконуваних функцій: представники влади чи місцевого самоврядування, особи, які виконують організаційно-розпорядчі функції, особи, які виконують адміністративно-господарські функції [150, с. 92-93].

І.М. Ясінь за результатами аналізу законодавчих актів, що регламентують повноваження осіб, які на підставі закону належать до суб'єкта незаконного збагачення, доходить висновку, що особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування можуть виконувати будь-яку із передбачених у ч. 3 ст. 18 КК України функцій. Адміністративно-господарські функції входять до кола повноважень службових осіб, які здійснюють управління та розпорядження чужим для себе майном [150, с. 93]. Зокрема, особи, уповноважені на виконання функцій держави, як публічні службові особи, виконують функції щодо: «аналізу державної політики на загальнодержавному, галузевому, регіональному рівні та підготовки пропозицій стосовно її формулювання, розроблення та проведення експертизи проектів програм, концепцій, стратегій, проектів нормативно-правових актів і міжнародних договорів; забезпечення реалізації державної політики, виконання загальнодержавних, галузевих і регіональних програм, виконання законів та інших нормативно-правових актів; забезпечення надання доступних і високоякісних публічних послуг; здійснення державного нагляду та контролю за дотриманням законодавства; управління державними фінансовими ресурсами, майном та контролю за їх використанням; управління персоналом державних органів; реалізація інших повноважень державного органу». Особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування, виконують функції щодо: «підготовки проектів актів органів місцевого самоврядування, організацій, виконання таких актів, контролю за їх виконанням; надання адміністративних послуг; управління комунальним майном, об'єктами спільної власності територіальних громад сіл, селищ, міст; реалізація інших повноважень місцевого самоврядування» [150, с. 93-94].

Крім того, І.М. Ясінь вважає, що осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є підстави визнавати спеціальними суб'єктами й інших злочинів у сфері службової діяльності. Адже на практиці

незаконне збагачення, поряд із привласненням, розтратою, заволодінням чужим майном (в аналізованому випадку – державним) є головною метою, задля досягнення якої вчиняються інші злочини у сфері службової діяльності. Наприклад, зловживання владою або службовим становищем та його особливі прояви, що передбачені спеціальними нормами, вчиняються з метою: одержання неправомірної вигоди або заволодіння чужим майном, або ж з метою приховання вчинення аналізованих злочинів. В диспозиціях деяких статей така мета окреслена, як от у ч. 1 ст. 364 КК України вказівкою: «з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи». У інших – ця мета не названа, наприклад, у ч. 1 ст. 366 КК України [150, с. 94].

Стосовно питання чи дійсно вдосконалило введення терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» КК України і, відповідно, чи було це необхідно, то з наведеного вище частково видно, що цей термін фактично дублює закріплений у КК України термін «службова особа».

У зв'язку з цим, спеціалісти Головного науково-експертного управління та Головного юридичного управління Верховної Ради України назвали незрозумілою заміну «такого усталеного кримінально-правового поняття, як «службова особа» (визначення якого дається у ч. 4 ст. 18 та ч.ч. 1 і 2 примітки до ст. 364 КК України) поняттям «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Мотивували це тим, що «аналіз примітки до ст. 364 КК України свідчить, що поняття «службова особа», яке визначене у ній, охоплює практично усіх «осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» [31; 47].

Більше того, на нашу думку, введення поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» призвело до неясності у розумінні повного переліку осіб, які потенційно можуть бути суб'єктами відповідного злочину, оскільки у процесі правової регламентації статті

368-5 КК України законодавцем не дотримано принцип єдності термінології, що суперечить принципу системності [148, с. 57].

Так, як зазначалось, стаття 368-5 КК України визначає суб'єктом незаконного збагачення особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Водночас, у ч.1 примітки до статті 364 КК України вказується хто вважається службовими особами у статтях 364, 368, 368-5, 369 Кодексу. Схоже положення містять ч.ч. 2 та 3 примітки до статті 368. У них визначається коло осіб, які вважаються у статтях 368, 368-5, 369 та 382 КК України службовими особами, які займають відповідальне становище та службовими особами, які займають особливо відповідальне становище.

Така ситуація може свідчити про те, що законодавець, вводячи статтю 368-5 до КК України, або припустився помилки законодавчої техніки, зазначаючи у ч. 1 примітки до ст. 364 та ч.ч. 2, 3 примітки до ст. 368 іншого, ніж зазначеного у ст. 368-5 суб'єкта, або ж він вважає ці терміни синонімами.

Варто погодитися з думкою І.М. Ясінь, яка проаналізувавши наукові джерела зазначає, що у правовій літературі звертають увагу на те, що для забезпечення правильного розуміння і тлумачення правових норм під час їхнього застосування законодавець у процесі їх створення повинен дотримуватися вимоги єдності і точності термінології. Зокрема, використовувати одні терміни для позначення одних і тих же понять, а також запобігати невиправданій термінотворчості та частому використанню синонімів у текстах нормативно-правових актів. Більше того, у теорії кримінального права обґрунтовано, що синонімія в тексті правового акту явище небажане, оскільки, викликає зайву потребу з'ясувати співвідношення законодавчих терміно-понять і призводить до невиправданої конкуренції, або навіть до колізії кримінально-правових норм, що додає складнощів у кримінально-правовій кваліфікації, в розглядуваному випадку – незаконного збагачення [150, с. 94-95].

За результатами проведеного нами анкетування переважна більшість респондентів, а саме 67,3 % (117 осіб) з усіх опитаних переконані, що з огляду на ефективність притягнення до кримінальної відповідальності за злочин «незаконне збагачення» використання терміну «службова особа» є найбільш правильним, 73,6 % (128 осіб) з усіх опитаних вважають, що потрібно диференціювати суб'єкта злочину «незаконне збагачення» згідно з рівнем відповідальності становища, яке він займає (Додаток Б).

На підставі викладеного вище ми вважаємо, що використання при визначенні суб'єкта злочину, передбаченого статтею 368-5 терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» не тільки не сприяло вдосконаленню кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а й створило перешкоди у остаточному розумінні того хто саме може вважатись суб'єктом відповідного злочину, порушує принцип єдності юридичної термінології, яка застосовується для статей цього розділу КК України та в кінцевому рахунку створює перешкоди для органів досудового розслідування під час визначення суб'єкта злочину незаконного збагачення [149, с. 407].

Ми переконані, що зазначений термін повинен бути замінений на термін «службова особа».

Важливо, на нашу думку, звернути увагу на те, що свого часу фахівці Головного науково-експертного управління Верховної Ради України у висновку від 05.09.2019 на проєкт Закону України «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», яким, власне, у КК України вводилась стаття 368-5, зазначали наступне.

Аналіз запропонованого складу злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України, свідчить про те, що суб'єктом цього кримінального правопорушення є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого

самоврядування. У той же час, під особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, слід розуміти осіб, зазначених у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» (ч. 1 примітки до ст. 368-5 КК України). При цьому у вищезазначеному Законі (ч. 3 ст. 46, ст. 50), а також Законі України «Про державну службу», КК України (ч. 1 примітки до ст. 364, ч.ч. 2 та 3 примітки до ст. 368) має місце диференціація осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, доцільність якої вочевидь зумовлена абсолютно різними за змістом та обсягом повноваженнями відповідних категорій осіб. З огляду на це вважаємо, що ознаки суб'єкта незаконного збагачення варто було б визнати тим базовим критерієм, що дозволяє посилювати кримінальну відповідальність за вчинене залежно від того, чи є винна особа «службовою особою», «службовою особою, яка займає відповідальне становище» чи «службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище» у межах різних частин запропонованої статті 368-5 КК України. Останнє, у свою чергу, не тільки відповідало б положенням чинного КК України, який оперує вищевказаними поняттями, однак й обґрунтовувало б доречність внесення змін до ч. 1 примітки до ст. 364 КК України («Зловживання владою або службовим становищем») та ч.ч. 2, 3 примітки до ст. 368 КК України («Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою»), як це пропонується у законопроекті [31].

Ми підтримуємо цю точку зору і вважаємо, що суспільна небезпека діянь різних за посадою осіб, які виконують різні функції держави або місцевого самоврядування може мати різний ступінь.

Отже, з урахуванням визначеного вище, та з метою усунення неузгодженостей між загальною та особливою частиною Кримінального кодексу України, зокрема, між статтею 18 та 368-5, а також між статтями 364, 368 та 368-5 пропонуємо у статті 368-5 КК України суб'єктом злочину визначити таким чином:

у ч. 1 суб'єкт злочину – службова особа (визначена у ч. 1 примітки до статті 364 КК України);

у ч. 2 – службова особа, яка займає відповідальне становище (визначена у ч. 1 примітки до статті 368 КК України);

у ч. 3 – службова особа, яка займає особливо відповідальне становище (визначена у ч. 1 примітки до статті 368 КК України).

2.2.2 Суб'єктивна сторона незаконного збагачення.

Відповідно до статті 62 Конституції України особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь [55].

Особлива увага з боку Основного Закону України до питання правильного доведення вини, що визначене у статті 62, пов'язане, з одного боку, з належним забезпеченням прав людини як головним обов'язком держави, передбаченим статтею 3 Конституції, а з іншого – із забезпеченням в Україні справедливого правосуддя. При цьому, центральне місце в статті 62 Конституції України посідає вина особи, що вчинила кримінальне правопорушення, або, безпосередньо, її доведення.

Все це говорить, на нашу думку, про особливо важливе місце правильного встановлення вини особи у питанні притягнення її до кримінальної відповідальності, а відтак і суб'єктивної сторони діяння у складі злочину.

Як зазначає О.П. Деніга, суб'єктивна сторона є одним з чотирьох елементів складу злочину і відіграє вкрай важливу роль як під час кримінально-правової кваліфікації злочинного діяння, так і при розслідуванні та притягненні особи

злочинця до кримінальної відповідальності. Доведеність вини особи у вчиненому злочині є умовою для притягнення до кримінальної відповідальності. Відсутність вини виключає суб'єктивну сторону і тим самим склад злочину [42, с. 155].

За загальним правилом, під поняттям суб'єктивної сторони злочину розуміють «внутрішню сторону злочину, тобто психічну діяльність особи, що відображає ставлення її свідомості і волі до суспільно небезпечного діяння, яке вона вчиняє, і до його наслідків» [61, с. 152]. З наведеного визначення вбачається, що при проведенні кримінально-правової кваліфікації суб'єктивної сторони незаконного збагачення завжди потрібно встановити гносеологічний зміст ставлення особи до такої діалектичної системи як зазначене кримінальне правопорушення та результати його скоєння, тобто ті зміни об'єктивного світу, які є логічною й фактичною реалізацією такого суспільно небезпечного діяння. При цьому центральна роль належить саме ставленню особи до того, що вона незаконно збагачується [42, с. 159].

О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко звертають увагу на те, що концепція вітчизняного кримінального права заперечує об'єктивне ставлення у вини, тобто відповідальність за наслідки, що настали в результаті будь-якого діяння, без встановлення вини. Згідно з КК України, кримінальна відповідальність особи ґрунтується на суб'єктивному ставленні у вини – умові правильної соціально-політичної оцінки людської поведінки взагалі і злочинної зокрема. Лише на підставі аналізу взаємозв'язку внутрішнього ставлення особи до вчиненого діяння із зовнішнім його проявом можна зробити висновок про наявність вини особи [39, с. 151].

Зміст суб'єктивної сторони незаконного збагачення характеризують такі основні елементи як вина, мотив та мета. Деякі дослідники виділяють ще й емоційний стан. Зазначені сутнісні ознаки взаємозалежні одна від одної і органічно пов'язані між собою, хоча і мають самостійне юридичне значення. При цьому, вина вважається головною та обов'язковою ознакою, а мотив та мета –

факультативними. Насамперед це пояснюється тим, що «вина є криміноутворюючою ознакою всіх без винятку складів злочину». Вона «визначає саму наявність суб'єктивної сторони і значною мірою її зміст. Відсутність вини виключає суб'єктивну сторону і тим самим склад злочину». До того ж вона вважається підґрунтям та підставою суб'єктивної осудності, за якою ставитися у вину особи, що незаконно збагачується, можуть лише такі дії, які усвідомлювались нею та у яких знайшли вираження її свідомість й воля. На противагу цьому, мотив та мета незаконного збагачення не можуть оцінюватися як основні (обов'язкові) ознаки суб'єктивної сторони такого злочину. Водночас, як підкреслює О.Р. Ткаченко, мотив та мета є досить важливими з огляду на те, що під час вчинення злочину у вигляді незаконного збагачення особа керується певним мотивом і метою. Як внутрішній елемент складу аналізованого злочину суб'єктивна сторона відображає всі психічні процеси, які відбуваються в особі, що його вчиняє. Вони проявляються у площині свідомості, волі, мотивації та прагненні до конкретного, вигідного для себе результату. Саме тому і, незважаючи на різну роль, вина, мотив та мета спільно утворюють суб'єктивну сторону незаконного збагачення [42, с. 159].

При вивченні питання про вину незаконного збагачення, перш за все, слід вказати на об'єкт її спрямування. Так, з аналізу диспозиції ст. 368-5 КК України вбачається, що незаконне збагачення сконструйовано як злочин з формальним складом, оскільки настання наслідків законодавець залишає за межами необхідних ознак об'єктивної сторони злочину. У цьому разі вина особи матиме місце виключно щодо суспільно небезпечного діяння. Такої думки дотримується більшість вчених, зокрема, М.В. Кочеров, А.І. Рарог, І.Ф. Філановський, М.Д. Шаргородський та ін. Вони вважають, що саме суспільно небезпечне діяння незаконного збагачення утворює закінчений склад цього злочину. До нього не належить настання певних суспільно небезпечних наслідків, а непрямий умисел є неможливим, оскільки особа, вчиняючи його, завжди усвідомлює суспільно

небезпечний характер своїх дій, та, незважаючи на це, бажає їх вчинити. Такий умисел є прямим, і лише він притаманний умисним злочинам, які мають формальний склад, у тому числі й незаконному збагаченню. Зважаючи на те, що кримінально-правова кваліфікація передбачає встановлення відповідності об'єктивних та суб'єктивних ознак конкретного складу суспільно небезпечного діяння ознакам, які передбачені у ст. 368-5 (368-2 випр. авт.) КК України, то слід погодитися з тим, що суб'єктивна сторона цього кримінального правопорушення, передусім вина, буде визначатися лише щодо самого діяння. Цей злочин створює негативні зміни у навколишньому середовищі, порушує стабільний і нормальний соціальний зв'язок. Однак у такому випадку для кримінально-правової оцінки важливе саме діяння, яке є суспільно небезпечним, протиправним, винним і караним [42, с. 159-160].

Водночас протилежної позиції дотримується Д.Г. Михайленко. Вчений стверджує, що у незаконному збагаченні, як злочині з формальним складом, винне ставлення до його наслідків презюмується так само як саме суспільно небезпечне діяння. Це є обов'язковим для уникнення визнання такого діяння малозначним відповідно до ч. 2 ст. 11 кримінального закону. Окрім того, така презумпція узгоджується з Конвенцією Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 року, у ст. 20 якої незаконне збагачення визначається саме через наслідки цього злочину, якими є значне збільшення активів службової особи [72, с. 161].

Отже, як було зазначено, основним елементом суб'єктивної сторони незаконного збагачення, як і інших злочинів, є вина.

Відповідно до ст. 23 КК України, виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої цим Кодексом, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності [64].

Із суб'єктивної сторони злочини, передбачені розділом XVII Особливої частини КК України, за винятком службової недбалості, характеризуються

умисною формою вини. При визначенні суб'єктивної сторони злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, необхідно, насамперед, встановити, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування: 1) усвідомлювала факт використання свого службового становища і той факт, що це суперечить інтересам служби; 2) передбачала, що такі дії завдають шкоди змісту правильної роботи державного чи іншого апарату або створюють загрозу настання такої шкоди, і бажала вчинити такі дії [39, с. 151].

У зв'язку з цим, О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко зазначають, що аналіз положень міжнародних актів щодо боротьби з незаконним збагаченням державних посадових осіб дає підстави для висновку про те, що суб'єктивна сторона складу злочину незаконного збагачення проявляється через умисну форму вини та корисливу мету. У тексті ст. 20 Конвенції чітко закріплено наявність у діях умисної форми вини через використання словосполучення «коли вони вчиняються навмисно». Хоча, з огляду на положення ст. 8 Конвенції, ставлення обвинуваченого до своїх дій не обов'язково повинно бути явно продемонстровано, наявність чи відсутність умислу можна встановити з «об'єктивних фактичних обставин» справи (ст. 28 Конвенції). Прикладом наявності умислу в діях суб'єкта злочину можуть бути значні перекази коштів від фізичних чи юридичних осіб, з якими державний службовець не має офіційних ділових відносин, великі грошові виплати, здійснені посадовою особою, або постійне навмисне використання вартісних володінь, джерела походження яких не відомі [39, с. 152].

Стаття 23 КК України поділяє умисел на прямий та непрямий [64]. У теорії кримінального права одностайною є думка, про те, що незаконне збагачення може вчинятися лише з прямим умислом. Ця позиція знайшла відображення у працях О.П. Денєги, О.О. Дудорова, О.І. Гузоватого, М.В. Кочерова, В.М. Киричка, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, І.М. Ясінь.

Характеристика прямого умислу здійснюється вченими через розкриття змісту інтелектуальної і вольової ознаки прямого умислу та їх співвідношення.

Ми переконані, що значна частина результатів наукових досліджень, які ґрунтувалися на аналізі суб'єктивної сторони кримінально-правової норми у різних редакціях, якою було передбачено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-2 КК України) мають важливе значення для наукової розробки відповідальності за незаконне збагачення, а окремі висновки, яких дійшли їх автори, залишатимуться актуальними ще досить тривалий час.

Як зазначалось, незаконне збагачення характеризується умисною формою вини, прямим умислом, що не заперечується науковою спільнотою [39, с. 152]. У зв'язку з цим, один з аспектів інтелектуальної ознаки умислу під час вчинення злочину «незаконне збагачення», полягає в усвідомленні осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування фактичної сторони вчинюваного нею діяння [150, с. 104].

М.В. Кочеров у цьому зв'язку вважає, що усвідомлення фактичної сторони вчинюваного полягає в тому, що особа, яка незаконно збагачується, розуміє, що: 1) посягає на суспільні відносини, які становлять об'єкт складу незаконного збагачення; 2) набуття активів у власність здійснюється нею без законних на те підстав [58, с. 2].

І.М. Ясінь зазначає, що свідомістю винного охоплюється те, що набуті у власність активи, не є еквівалентом витраченого часу на виконання функцій держави або місцевого самоврядування або іншим доходом, не забороненим законом, а навпаки, такі активи набуті незаконно, без передбачених у законі підстав, внаслідок реалізації корупційних схем, вчинення незаконних правочинів, або інших правопорушень, спрямованих на незаконне збагачення. Таким чином, у зміст інтелектуальної ознаки умислу, також входить розуміння винним усіх ознак предмета складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України (фізичної, економічної та юридичної) [150, с. 105].

О.П. Деніга, зазначає, що незаконно набуваючи активи у власність, винна особа усвідомлює, що своїми діями заподіює шкоду не лише суспільним відносинам у сфері публічної службової діяльності, але і суспільним відносинам у сфері економічної та національної безпеки загалом [42, с. 165].

Деяко іншу позицію наводять О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко. Зокрема, стосовно різних обставин, які характеризують об'єкт злочину, ознаки предмета, спеціального суб'єкта, об'єктивну сторону – характер вчинюваних дій (бездіяльності), а в матеріальних складах – і суспільно небезпечні наслідки (можливість їх настання), інтелектуальне ставлення суб'єкта може бути різним. Одні обставини можуть бути ним усвідомлені більш повно, інші – приблизно; одні відображаються у свідомості правильно, адекватно, інші – помилково [39, с. 153]. Так, винна особа усвідомлює (інтелектуальний момент) низку обставин, які кореспондують з об'єктивною стороною аналізованого злочину, а саме: протиправність своїх дій, які виражаються у незаконному отриманні вигід майнового характеру; становище, яке займає винна особа (будучи особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) [51].

Зважаючи на це, ми не можемо остаточно погодитись зі згаданою вище думкою О.П. Деніги, оскільки навряд чи будь-яка особа, яка здійснює незаконне збагачення, здатна остаточно усвідомити, що заподіює шкоду не лише суспільним відносинам у сфері публічної службової діяльності, але і суспільним відносинам у сфері економічної та національної безпеки загалом. Адже усвідомлення останнього потребує передусім чіткого уявлення про те, що являє собою економічна та національна безпека, яку роль відіграє правильна діяльність особи, що займає відповідну посаду, у стабільному функціонуванні системи економічної та національної безпеки.

М.В. Кочеров вважає, що усвідомлюючи фактичну сторону вчинюваного, суб'єкт незаконного збагачення усвідомлює і його суспільну небезпеку [58, с. 2].

Погоджуючись в цілому з таким твердженням, ми все ж хотіли зазначити таке.

Як уже згадувалось, суспільна небезпека діяння полягає в тому, що воно заподіює або створює загрозу заподіяння певної шкоди суспільним відносинам. У випадку з незаконним збагаченням, яке є злочином з формальним складом, для кваліфікації наявність матеріальної шкоди не має значення. Відтак, виникає питання: чи здатна особа, яка незаконно збагатилась, усвідомити, що її дії завдають шкоди (ймовірно) конкретному об'єкту, адже в реальності немає ні постраждалих, ні очевидної шкоди?

Так, дійсно, відповідно до теорії кримінального права злочини завжди завдають шкоду суспільним відносинам, як загальному об'єкту. У випадку зі злочинами з формальним складом, таку шкоду важко побачити і у безпосередньому об'єкті, адже шкода також завдається суспільним відносинам, хоча і конкретизованим. Знову виникає питання: чи може особа, яка вчиняє незаконне збагачення, усвідомлювати чому саме, тобто яким саме суспільним відносинам завдається шкода, і який характер цієї шкоди і чи знає вона загалом, що шкода завдається суспільним відносинам, тобто чи знайома вона з теорією кримінального права?

Як зазначалось раніше у дисертаційному дослідженні з поняттям суспільної небезпеки тісно пов'язане поняття протиправності і цей зв'язок має прояв у тому, що протиправність є юридичним виразом суспільної небезпеки, інакше кажучи віднесення законодавством певного діяння до числа протиправних є усвідомлення суспільством об'єктивного факту суспільної небезпеки. В свою чергу, протиправною є поведінка, яка суперечить правовій нормі. З практичного погляду більш зрозумілою з позиції кваліфікації конкретного діяння є ситуація, коли протиправна поведінка суперечить (як вираз – порушує) конкретній нормі права, а не правовому принципу, що, відповідно, значно важче визначити остаточно у випадку відсутності його офіційного тлумачення. І саме це, тобто протиправність,

на наш погляд, є тим, що в реальності здатен усвідомити суб'єкт злочину незаконного збагачення.

Усвідомлення особою протиправності вчинюваного нею діяння також відносять до складу інтелектуальних ознак умислу [27, с. 272].

Крім того, конкретизуючи інтелектуальну ознаку прямого умислу незаконного збагачення, Кочеров М.В. підкреслює ще один важливий момент. Це те, що така службова особа володіє спеціальними знаннями, що дозволяють їй розуміти протиправність своїх дій, а також те, що джерела одержання матеріальної винагороди (неправомірної вигоди) не ґрунтуються на законі або прямо заборонені останнім. Вона достовірно знає, що у вітчизняному, як і в міжнародному законодавстві міститься заборона службовій особі займатися підприємницькою діяльністю або іншою оплачуваною діяльністю (крім випадків, передбачених законом), одержувати дарунки (пожертви) тощо [58, с. 36]. Іншими словами, йдеться про чітке та ясне усвідомлення особою, яка скоює такий злочин, того факту, що вона з корисливими метою та мотивом, незаконно використовує свої повноваження, пов'язані зі здійсненням державної влади або місцевого самоврядування. Чинне законодавство встановлює антикорупційні механізми, які включають певні вимоги та заборони, що обов'язково повинні бути дотримані при здійсненні службової діяльності. Суб'єкт незаконного збагачення з ними не тільки ознайомлений, але й повинен їх щоденно виконувати. Однак усупереч встановленому антикорупційному порядку він прагне незаконно збагатитися завдяки неправомірному використанню свого службового становища. Окрім того, виділений аспект інтелектуальної ознаки вини проявляється в активній мисленнєвій діяльності суб'єкта аналізованого складу злочину з приводу застосування у власних корисливих цілях наданих йому певним нормативно-правовим актом службових функцій та одночасного порушення встановлених ними імперативних положень. У свідомості особи, яка незаконно збагачується, утворюється, розвивається, актуалізується (стає важливим для неї) та формується

цілісне уявлення про те, що для того, щоб неправомірно збільшити свої доходи, потрібно у супереч цільовому призначенню своїх повноважень вчинити суспільно небезпечну дію у формі незаконного й безпідставного набуття у свою власність активів, які їй не належать [42, с. 165-166].

Погоджуючись в цілому з цією думкою ми все ж хотіли б додати, що диспозиція ст. 368-5 не пов'язує незаконне збагачення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування саме з використанням її повноважень, тобто вона може незаконно збагачуватись поза їх використанням. В останньому випадку вона порушує встановлені для її посади обмеження і заборони. О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко підкреслюють, що для наявності складу незаконного збагачення достатньо встановити факт набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів, тобто обов'язковою ознакою даного злочину є сам факт незаконного набуття у власність таких активів. Іншими словами, такі активи набуваються у власність особою без використання нею свого службового становища [39, с. 154].

Таким чином, на нашу думку, зміст фактичної сторони як інтелектуальної ознаки умислу незаконного збагачення полягає в тому, що особа, яка незаконно збагачується, розуміє, що: 1) її дії є протиправними; 2) для їх вчинення вона використовує надані їй повноваження або ж ні.

Другим аспектом інтелектуальної ознаки прямого умислу є передбачення суспільно небезпечних наслідків вчинюваного діяння. І.М. Ясін, зазначає, що враховуючи те, що суспільно небезпечні наслідки не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину «незаконне збагачення», то зміст другої з інтелектуальних ознак прямого умислу незаконного збагачення полягає у передбаченні особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, того суспільно-небезпечного діяння, яке буде або може

бути вчинене у майбутньому, а також передбачення майбутніх змін в об'єкті злочину та розуміння їхнього соціального значення [150, с. 106-107].

Іншою складовою характеристикою прямого умислу є його вольова ознака.

О.І. Гузоватий, та О.О. Титаренко посилаючись на думку Кашкарова О.О. зазначають, що вольовий момент змісту вини означає усвідомлене спрямування розумових і фізичних зусиль на досягнення мети чи на утримання від активних дій. Відповідно до КК України, вольовими ознаками умисного психічного ставлення особи є бажання настання певних суспільно небезпечних наслідків своєї дії чи бездіяльності (прямий умисел), або свідоме їх допущення (непрямий умисел) [39, с. 153].

При незаконному збагачені вольовий момент умислу характеризується свідомим бажанням винної особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набути у власність активи вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, тобто, як зазначалось, прямим умислом.

Ще однією характеристикою вини, є її ступінь. Це кількісний показник соціальної сутності вини суб'єкта, який визначається такими характеристиками, як: 1) суспільною небезпечністю вчиненого діяння; 2) особливостями психічного ставлення винного: формою вини, характером умислу або необережності; 3) мотивом і метою злочину; 4) обставинами, що характеризують особу винного; 5) причинами злочину та умовами, що вплинули на формування злочинного умислу або на допущення особою необережності [63, с. 150-151].

І.М. Ясінь підкреслює, що незаконне збагачення – це злочин, який може бути вчинено лише з прямим умислом, а у сукупності з іншими об'єктивними і суб'єктивними ознаками вказує на достатньо високий ступінь негативного ставлення суб'єкта до суспільних відносин у сфері службової діяльності. Важливим аргументом для органів, уповноважених здійснювати кримінально-правову кваліфікацію незаконного збагачення, є усвідомлення суб'єктом, під час

вчинення відповідного злочину, свого правового статусу, важливості посади, яку особа займає в органах державної влади або органах місцевого самоврядування та функцій, які вона виконує, що, у свою чергу, також свідчить про підвищений ступінь суспільної небезпеки злочину [150, с. 107-108].

У запропонованих нами раніше змінах до статті 368-5 КК України ступінь вини матиме важливе значення з огляду на самого суб'єкта, оскільки, як пропонується, відповідальність має бути диференційованою відповідно до посади, яку займає або займала службова особа.

Характеристика суб'єктивної сторони незаконного збагачення логічно завершується детермінацією таких її факультативних елементів, як мотив та мета.

О.І. Гузоватий, та О.О. Титаренко стверджують, що хоча мотив як і мета виступають факультативними ознаками суб'єктивної сторони цього злочину, мотив вказує на наявність прямого умислу. Більше того, автори підтримуючи погляди С.Г. Братель, В.В. Василевич, Н.І. Золотарьової, про те, що мотиви або мета є обов'язковими ознаками суб'єктивної сторони складів злочинів, передбачених ст.ст. 364, 364-1, 365-2, 368, 368-2, 368-3, 368-4, 369-2, 370 КК України, зазначають, що інформація про відповідні мотиви (зокрема, корисливі) впливає із сутності та характеру самого злочину, хоча закон безпосередньо не зазначає про такі мотиви. Те саме стосується і мети, яка може впливати зі специфіки вчинення самого суспільно небезпечного діяння. При цьому, зазначають вчені, якщо мета злочину полягає в одержанні неправомірної вигоди, можна говорити, що для такого посягання фактично характерний і корисливий мотив [39, с. 154]. Погоджуючись з вищевикладеним, можемо стверджувати, що про корисливий мотив і мету незаконного збагачення свідчить посилення законодавця на форму вчинення даного злочину – набуття особою у власність активів, які мають майновий характер.

Під час вчинення досліджуваного кримінального правопорушення корисливий мотив набуває різноманітний зміст залежно від того, які саме

потреби чи інтереси лежать в основі мотивації злочинної поведінки службової особи. Так, наприклад, не виключається вчинення злочину незаконного збагачення, з інших особистих мотивів. Але, яке б забарвлення не мав корисливий мотив, у всіх ситуаціях основа мотивації одна – прагнення службової особи збагатитися (отримати матеріальну, майнову вигоду чи інші інтереси), шляхом привласнення активів без законних на те підстав [42, с. 168].

Таким чином, зазначене вище підтверджує, що кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за суб'єктивною стороною передбачає встановлення вини у формі прямого умислу, корисливих мотиву й мети особи, яка вчиняє цей злочин. Також утверджується правило про те, що вони виступають внутрішніми (психологічними) чинниками, які детермінують поведінку суб'єкта незаконного збагачення, а також у своїй сукупності визначають формальний характер складу цього злочину [42, с. 170]. Така позиція підтримується сьогодні більшістю дослідників.

Водночас, слід підкреслити, що стаття 368-5 КК України не містить у диспозиції згадку про умисність діяння. Натомість стаття 20 Конвенції ООН проти корупції наполягає на визнанні злочином саме умисне незаконне збагачення. У зв'язку з цим, з метою приведення диспозиції статті 368-5 у відповідність до статті 20 Конвенції, а також забезпечення принципу правової визначеності вважаємо, що у статті 368-5 КК України незаконне збагачення повинне визначатись саме як «умисне збільшення активів».

Викладене вище також дає можливість сформулювати визначення суб'єктивної сторони незаконного збагачення як внутрішню психічну діяльність особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що відображає її свідоме і вольове позитивне ставлення до діяння, яке вона вчиняє.

2.3 Особливості кваліфікації складу злочину «незаконне збагачення» та його відмежування від злочинів, що мають суміжний склад.

Розвиток суспільних відносин в кожній державі є динамічним процесом, котрий постійно змінюється. Це зумовлено багатьма чинниками, в тому числі економічними, політичними, соціальними тощо. Немає сумніву, що право повинно встигати врегульовувати найважливіші суспільні відносини як з позиції позитивного нормативно-правового регулювання, так і з позиції встановлення відповідальності за заподіяння шкоди.

Досить часто для правового регулювання складність являють відносини, що є схожими або навіть подібними одні до одних. Для деяких з таких випадків свого часу виникли такі інструменти, як застосування аналогії (права чи закону). Для інших же, зокрема, для кримінально-правових відносин, законодавець повинен створювати норму для кожного окремого виду, незважаючи на їх подібність. В результаті, як відомо, виникає декілька норм, що встановлюють відповідальність за різні злочини, склади яких досить часто важко відмежувати. Цілком зрозуміло, що мова йде про злочини, що мають суміжні склади.

Важливість розмежування таких складів злочинів важко переоцінити, оскільки це безпосередньо впливає на правильну кваліфікацію діяння, і, як наслідок на справедливе покарання особи, яка його вчинила.

Розмежування, що підпорядковане кінцевій меті кримінально-правової кваліфікації – правильному, безпомилковому вибору правової норми, що має бути застосована у кожному конкретному випадку вчинення злочину, – це визначення місця і зв'язків елемента у відповідній системі. Тож теоретично важливою та практично значимою є необхідність визначитися, що є таким елементом. Іншими словами, що є об'єктом розмежування [27, с. 58].

Як зазначає Л. П. Брич, відправним пунктом, моментом для розмежування в ході кримінально-правової кваліфікації є наявність у вчиненому ознак, що

відповідають ознакам одночасно кількох складів злочинів [27, с. 62-63]. Відтак саме склад злочину є тим об'єктом стосовно якого здійснюється розмежування.

Метою і результатом розмежування складів злочинів, що здійснюється в межах кримінально-правової кваліфікації, є визначення саме того складу злочину (тих складів злочинів), який відповідає вчиненому злочину. Цей результат лежить в основі вибору норми, котра передбачає вчинений злочин, що є кінцевою метою кримінально-правової кваліфікації [27, с. 67].

Які ж склади злочинів законодавчо мають спільні ознаки і, відповідно, потребують розмежування зі складом, передбаченим статтею 368-5 КК України?

Як зазначає І. М. Ясінь, аналіз особливої частини КК України показує, що склад злочину «незаконне збагачення» (у декриміналізованій статті 368-2 КК України) мав спільні ознаки з такими складами злочинів, як прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ч. 1 ст. 368 КК України), зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК України), підкуп працівника підприємства, установи чи організації (ч. 3 ст. 354 КК України), заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ч. 2 ст. 191 КК України), легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК України) [150, с. 155].

О. І. Гузоватий та О. О. Титаренко в свою чергу вказують, що результати дослідження матеріалів конкретних кримінальних проваджень за ст. 368-2 КК України свідчать, що судово-слідча практика є ще досить суперечливою з питань відмежування незаконного збагачення в частині об'єктивної сторони від об'єктивної сторони суміжних складів злочинів, зокрема, таких як ст. 209, 368 КК України. При цьому вони наводять дані вибіркового анкетування, згідно з яким на думку 63 % (141 особа), проблемні питання виникають при кваліфікації дій винних у незаконному збагаченні осіб при відмежуванні злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України від суміжних складів злочинів, зокрема: ст. ст. 191, 209, 364, 368 КК України, 18 % (41 особа) – у встановленні розміру активів винної особи, 6 % (13

осіб) – у встановленні вини особи, 6 % (14 осіб) – у визначенні моменту вчинення злочину, і на думку 5 % (11 осіб) – проблемні питання відмежування від адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 172-5 «Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків» КУпАП [39, с. 162].

Вибіркове опитування детективів Національного антикорупційного бюро України, проведене автором цього дослідження, свідчить, що вагома частина проблем кримінально-правової кваліфікації виникають під час розмежування незаконного збагачення зі складами злочинів, передбачених статтями 368 та 209 КК України (Детальніше див. додаток Б). Зважаючи на це, водночас не применшуючи значення необхідності розмежування складу злочину «незаконного збагачення» з іншими складами злочинів, що згадувались вище, в подальшому в межах цього дослідження буде проведене розмежування саме зі складами злочинів, передбаченими статтями 368 та 209 КК України.

Як зазначає Л. П. Брич, з якою навряд чи можна погодитись, що склад злочину як цілісна конструкція виконує розмежувальну функцію, тобто є критерієм розмежування. Адже розмежування це процес порівняння. Кінцевою метою розмежування, що відбувається в межах кримінально-правової оцінки є визначення з-поміж складів, включених до версії кримінально-правової кваліфікації, того складу злочину, що встановлений конкретною кримінально-правовою нормою, яка підлягає застосуванню у конкретному випадку. У формальній логіці вважається, що саме ознаки, а не поняття, сформоване цими ознаками, це те, в чому предмети подібні один з одним чи відмінні один від одного. Відповідно, критерієм розмежування є ознака складу злочину, а не склад злочину в цілому. Адже склад злочину – це складна конструкція, система, утворена сукупністю елементів, які, в свою чергу, сформовані ознаками складу злочину. Порівняння ж, як діяльність мислення, в якій втілений процес розмежування складів злочинів, повинно відбуватися на рівні первинного – найменшого елемента системи, в нашому випадку – ознаки складу злочину. В

процесі розмежування порівнюються ознаки складів злочинів за їхнім змістом і таким чином виявляються їхні функції в ході розмежування складів злочинів. Склад злочину є об'єктом, а не критерієм розмежування [26, с. 267-269].

Оскільки, належність ознак до категорії спільних можна виявити лише проаналізувавши їхній зміст, то з'ясування змісту цих ознак є наступним, після їх виявлення, етапом процесу розмежування складів злочинів. Встановлення і порівняння збіжного змісту ознак дозволяє виявити їх функції. Тому після виявлення ознак, зміст яких збігається, необхідно виділити з них ті, які є спільними, бо саме спільні ознаки потенціують такий тип співвідношення відповідних складів злочинів, який зумовлює потребу в їхньому розмежуванні [27, с. 68].

І. М. Ясін, досліджуючи предмет злочину у складах злочинів, що мали спільні ознаки зі злочином незаконне збагачення, передбаченим статтею 368-2 КК України, доходить слушного висновку, що аналіз обов'язкових ознак, які визначають зміст поняття «неправомірна вигода» у складах злочинів, передбачених ч. 3 ст. 354, ст. 368, ч. 2 ст. 369-2 КК України, зміст поняття «активи» у складі незаконного збагачення, а також, зміст поняття «майно» у складах злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 та ст. 209 КК України, дає можливість дійти висновку, що така ознака як предмет злочину у конкретній групі порівнюваних складів, є спільною [150, с. 155-156].

О. І. Гузоватий та О. О. Титаренко підкреслюють, що «...складовою частиною активів (предмет незаконного збагачення) і неправомірної вигоди (предмет прийняття пропозиції, обіцянки або одержанням неправомірної вигоди службовою особою) є грошові кошти, інше майно (речі, майнові права, нематеріальні активи), доходи від них. Отже, можемо говорити про хоча не повну, але принаймні часткову тотожність цих понять, і про їх більшу схожість, ніж відмінність. Тому можемо стверджувати, що незаконне збагачення і прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою мають один предмет злочину» [39, с. 161].

На думку І. М. Ясінь, функцію спільних ознак у складах злочинів, передбачених ст. 368 та 368-2 відіграє спеціальний суб'єкт, а також, спостерігається збіжність змісту ознак суб'єктивної сторони (вина, мотив, мета) [150, с. 156].

На нашу думку, таке твердження є актуальним і стосовно складів злочинів, передбачених ст.ст. 368 та 368-5 КК України. Хоча ознаки спеціального суб'єкта сформульовані неоднаково, але, як було нами доведено у відповідному підрозділі дослідження, термін «службова особа» фактично охоплює усіх «осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», у зв'язку з чим, нами пропонувалось застосовувати замість останнього в диспозиції ст. 368-5 також термін «службова особа».

Щодо об'єктивної сторони злочину, то О. І. Гузоватий та О. О. Титаренко зазначають, що при кваліфікації будь-якого злочину об'єктивна сторона злочину відіграє важливу роль. Вона є передумовою підстави кримінальної відповідальності, а також підставою розмежування складів злочинів. Вони також підкреслюють, що розмежування складів злочинів за предметом є неможливим і його слід робити за іншими ознаками, зокрема об'єктивної сторони [39, с. 162].

Водночас, І. М. Ясінь уточнює, що не всі ознаки об'єктивної сторони виконують функцію розмежування, а лише ті, які відображають специфіку саме даного виду злочину (зокрема, діяння, наслідки, спосіб, ситуація) [27, с. 415].

У зв'язку з цим, І. М. Ясінь аналізує одне з понять, використане законодавцем для описання суспільно небезпечного діяння у диспозиції ст. 368 КК України, а саме термін «одержання». В результаті вона доходить висновку про те, що за «явищною стороною», суспільна небезпека діяння виконує функцію спільної ознаки у парі порівнюваних складів злочинів. Однак, за сутнісною стороною суспільної небезпеки діяння порівнювані склади злочинів відрізняються. Відмінність їх полягає у тому, що особа, яка одержує неправомірну вигоду у складі злочину, передбаченому ст. 368 КК України, одержує її за вчинення або не вчинення в інтересах того, хто дає неправомірну вигоду або в інтересах третіх осіб

будь-якої дії з використанням влади чи службового становища. Це спеціальна ознака суспільно небезпечного діяння, яка вказує на спеціальний характер норми про кримінальну відповідальність за одержання неправомірної вигоди у складі злочину, передбаченому ст. 368 КК України [150, с. 157].

На нашу думку, запропоноване автором цього дослідження у відповідному його підрозділі введення у диспозицію статті 368-5 терміну «збільшення активів» замість «набуття активів», як було зазначено, дещо змінює зміст самої діяльності. Водночас, цей термін залишатиметься порівнюваною ознакою складів злочинів ст.ст. 368 і 368-5, оскільки співвідноситься з поняттям «набуття» та «одержання» як дія і результат. Тобто збільшення відбувається внаслідок набуття або одержання.

Водночас, І. М. Ясін, підтримуючи думку Л.П. Брич, яка вважає, що суспільна небезпека не є самостійною ознакою складу злочину, а тому не може виступати критерієм відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень, переконана, що це повною мірою стосується й розмежування складів злочинів [150, с. 157].

Аналізуючи цю позицію, на нашу думку слід звернутись до згадуваної праці Л. П. Брич.

Дійсно, науковець вважає, що суспільна небезпека є ознакою загального поняття злочину, яка стосовно кожного конкретного складу злочину визначається сукупністю його об'єктивних і суб'єктивних ознак. Тому вона не може слугувати критерієм відмежування [27, с. 106]. Але, у відповідному розділі роботи автор приділяє окремої уваги суспільно небезпечному діянню у розмежуванні складів злочинів.

Зокрема, Л. П. Брич зазначає: «Як відомо, вона названа у кожній диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК України, що містить описання конкретного основного складу злочину, тобто є ознакою, яка має значну варіативність свого описання у диспозиції статті (частини статті) Особливої

частини КК України, й відповідно значну варіативність проявів у реальній дійсності. І ця обставина обумовлює особливу роль суспільно небезпечного діяння в розмежуванні складів злочинів. Перш за все, ця особливість полягає в тому, що встановлення тотожності змісту самого лише суспільно небезпечного діяння у певних складах злочинів уже достатньо для того, щоб вести мову про наявність між ними такого співвідношення, яке обумовлює потребу в їхньому розмежуванні [27, с. 415].

Окрім того, Л. П. Брич стверджує, що суспільно небезпечне діяння як спільна ознака складів злочинів потенціює можливість таких типів їхнього співвідношення: 1) суміжних; 2) загального і спеціального; 3) кількох спеціальних; 4) частини і цілого; 5) колізії (збіжності за всіма ознаками) [27, с. 417].

Важливою в даному випадку, з нашого погляду, є також думка Л. П. Брич про те, що ця ознака складу злочину може бути спільною, як тоді, коли у складах злочинів повністю збігаються і зміст, і форма суспільно небезпечного діяння, так і тоді, коли збіжним є зміст цієї ознаки складу злочину за відмінності у формі. Суспільно небезпечне діяння буде спільною ознакою також і тоді, коли повний чи частковий збіг форми спричиняє лише частковий збіг змісту суспільно небезпечних діянь, що в свою чергу призводить до збіжності діяння, яке розглядається як явище [27, с. 417-418].

Так, у складах злочинів, передбачених статтями 368 і 368-5 порівнювані суспільно небезпечні діяння, на нашу думку, збігаються за формою і за змістом, хоча і не сформульовані абсолютно однаково, а саме: одержання неправомірної вигоди і набуття активів, вартість яких перевищує встановлену межу порівняно з законними доходами (тобто також є неправомірним). Але на відміну від статті 368 стаття 368-5 не ставить набуття активів у залежність від виконання чи невиконання особою уповноваженою на виконання функцій держави своїх службових обов'язків.

В ухвалі Судової палати у кримінальних справах від 09.04.2015 № 5-5к15 Верховний суд України сформував правову позицію щодо правозастосування ст. 368-2 і ст. 368 КК України. Зокрема, суд дійшов висновку, що при розмежуванні норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених частиною другою статті 368 КК України у редакції від 18 квітня 2013 року та статтею 368-2 КК України у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 року, необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну від незаконного збагачення) завжди зумовлено вчиненням (невчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. При незаконному збагаченні така зумовленість відсутня, бо як одержання неправомірної вигоди, так і передача її близьким родичам не пов'язані зі схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій з використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб [133].

Згідно ухвали Вищого антикорупційного суду від 05.01.2021 у провадженні 1-кц/991/10757/20, ОСОБА_1 підозрюється у незаконному збагаченні, а саме набутті особою, уповноваженою на виконання функцій держави, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподаткованих мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, тобто у вчиненні злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України.

Згідно матеріалів кримінального провадження № 5202000000000362, в ході реалізації ОСОБА_1 злочинного умислу щодо надання неправомірної вигоди, у період з 01.06.2020 по 12.06.2020 у нього виник злочинний умисел направлений на незаконне збагачення. Так, 12.06.2020 близько 16 год. 40 хв. ОСОБА_1, перебуваючи поблизу приміщення ГУ ДПС у м. Києві по вул. Шолуденка, 33/19, надав вказівку одному з працівників чергової зміни ГУ ДФС у м. Києві, які

забезпечують пропускний режим до паркінгу ГУ ДПС у м. Києві, забезпечити безперешкодний проїзд до його приміщення автомобіля «Фольксваген Транспортер» чорного кольору з реєстраційним номером НОМЕР_1, за кермом якого перебував ОСОБА_10.

У цей же час ОСОБА_1, знаючи наперед, що у салоні автомобіля «Фольксваген Транспортер» чорного кольору з реєстраційним номером НОМЕР_1 перебувають грошові кошти, які він має передати як неправомірну вигоду для закриття кримінального провадження щодо ОСОБА_2, спільно з ОСОБА_5 пройшов до приміщення підземного паркінгу ГУ ДПС у м. Києві. Перебуваючи біля зазначеного автомобіля, в якому знаходилися грошові кошти, ОСОБА_1, виконуючи свою роль у наданні неправомірної вигоди, надав можливість ОСОБА_5 їх перерахувати. Після підрахунку ОСОБА_5 та ОСОБА_1 встановлено, що сума коштів, яка знаходиться у салоні автомобіля, складає 6 млн. доларів США. ОСОБА_1 повідомив ОСОБА_5, що 5 млн. доларів США призначаються для передачі як неправомірної вигоди, а 1 млн. доларів США призначається для нього за сприяння у передачі неправомірної вигоди.

Цього ж дня, близько 18 год. 20 хв. ОСОБА_1 надав ОСОБА_5 грошові кошти в сумі 5 млн. дол. США для передачі ОСОБА_9 в якості неправомірної вигоди за прийняття рішення про закриття кримінального провадження № 4201400000001590, а також за домовленістю з ОСОБА_3 відрахував 1 млн. дол. США із загальної суми коштів у 6 млн. доларів США, як його винагороду за пособництво у наданні неправомірної вигоди, та забрав їх собі, а саме перемістив до багажного відділення свого службового автомобіля «Фольксваген Пассат» реєстраційний номер НОМЕР_2. Таким чином останній розпорядився ними та умисно незаконно набув у власність грошові кошти у сумі 1 млн. доларів США, що відповідно до офіційного курсу долара станом на 12.06.2020 становить 26 599 900 грн., що більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує його законні доходи.

Таким чином, ми вважаємо, що суспільно небезпечне діяння є головним критерієм розмежування зазначених складів злочинів.

Також цей критерій буде зберігати своє значення і за умов запровадження запропонованих нами змін стосовно диференціації відповідальності залежно від статусу службової особи, що також спостерігається на даний момент у статті 368.

Наступним складом злочину, що має спільні з незаконним збагаченням ознаки, є легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК України).

І.М. Ясінь зазначає, у кримінально-правовій літературі, не спостерігається єдності поглядів з приводу ознак порівнюваних злочинів, за якими вони відрізняються. Так, М. І. Хавронюк вважає, що набуття майна, одержаного внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів відрізняється від набуття активів у власність, у складі злочину «незаконне збагачення» за ознаками предмета та суб'єкта злочину [138]. О. І. Гузоватий пише, що розмежувальними у парі порівнюваних складів злочинів, є ознаки об'єктивної та суб'єктивної сторони [39, с. 150].

Однак, І. М. Ясінь, з висловленою думкою науковців, повною мірою не погоджується [150, с. 165].

Зокрема, стосовно предмета злочину І. М. Ясінь зазначає, що за обсягом поняття, які позначають предмет у парі порівнюваних складів злочинів, частково збігаються, однак, за змістом, а саме за юридичною підставою набуття, ці предмети можуть частково відрізнятися. Кошти або інше майно, що є предметом складу злочину, передбаченого ст. 209 КК України, одержані внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів [138]. Натомість, активи, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, у складі незаконного збагачення можуть бути отримані, як в результаті вчинення суспільно небезпечного діяння («будь-який корисливий не обов'язково корупційний злочин» [136, с. 263]), так

і в результаті вчинення будь-якого правопорушення (цивільно-правовий делікт, господарське, податкове чи адміністративне правопорушення [137]). Не дивлячись на це, І. М. Ясінь вважає, що враховуючи те, що приналежність ознак до категорії спільних, означає, що не є обов'язковою збіжність змісту цих ознак у повному обсязі, то ознаки предмета у парі порівнюваних складів злочинів, виконують функцію спільної ознаки [150, с. 166].

На думку О. І. Гузоватого предмет злочину, передбачений ст. 209 КК України, повністю збігається з предметом злочину незаконного збагачення, тобто мова йде про грошові кошти чи інше майно. Вказівка закону на винятково злочинний характер походження предмета злочину не означає, що застосування ст. 209 КК України вимагає попереднього винесення обвинувального вироку за первинний злочин. Досить усвідомлення винним того, що він вчиняє дії з предметом, здобутим злочинним шляхом [39, с. 149].

З нашого погляду, предмет злочину у парі порівнюваних складів все ж доцільно вважати критерієм розмежування. Ми пояснюємо це наступним.

Як зазначалось, питання розмежування складів злочинів спрямоване на те, щоб у конкретних випадках правильно оцінивши всі обставини справи вибрати серед схожих саме ту кримінально-правову норму, яка встановлює відповідальність за реально вчинене діяння. Відмінність в найменших деталях, що вказані у диспозиціях відповідних статей, при загальній спільності елементів у передбачених ними складах злочину, яка здатна вплинути на кримінально-правову кваліфікацію, на нашу думку, матиме значення для розмежування, а відтак і визначати критерій. Якщо стосовно предмета складів злочинів, передбачених статтями 209 та 368-5 КК України поставити запитання: чи впливає на кваліфікацію походження майна, тобто чи є воно злочинним чи отримано воно внаслідок вчинення інших правопорушень, то відповідь буде очевидною – так впливає. І хоча вказівка на злочинність походження майна дійсно, як підкреслював О. І. Гузоватий, не означає, що застосування ст. 209 КК України

вимагає попереднього винесення обвинувального вироку за первинний злочин, походження такого майна, воно не перестає бути злочинним. Законодавець в даному випадку закріплює можливість і здатність суб'єкта злочину самостійно оцінити походження майна, по-перше зазначаючи в диспозиції, що стосовно такого майна фактичні обставини свідчать про його одержання злочинним шляхом, а по-друге, що ці діяння вчинені особою, яка знала або повинна була знати, що таке майно прямо чи опосередковано, повністю чи частково одержано злочинним шляхом.

Безумовно у зазначеному спостерігається зв'язок предмета з суб'єктивною стороною – з одного боку походження самого майна, а з іншого – усвідомлення або реальна можливість та здатність усвідомлення особою такого походження. Водночас відсутність зазначеної ознаки предмета злочину, наприклад через неможливість довести предикатний злочин, виключає і згадану ознаку суб'єктивної сторони і в цілому виключає кваліфікацію по статті 209 КК України, але, в свою чергу ставить питання про можливість кваліфікації по статті 368-5, яка не вимагає від суб'єкта усвідомлення походження коштів загалом.

Таким чином, ми вважаємо, що у порівнянні складів злочинів, передбачених статтями 209 та 368-5 КК України одним з важливих критеріїв розмежування є предмет злочину.

І. М. Ясінь зазначає, що не виступають розмежувальними ознаки спеціального суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України. Цей погляд, на нашу думку, є правильним і стосовно статті 368-5, оскільки, як зазначає Л. П. Брич, порівнювати предмети і явища можна за такими ознаками, які дійсно мають приблизно однаково важливе і суттєве значення. Статтями 209 та 368-2 передбачені загальний та спеціальний суб'єкти відповідно, що мають родо-видове відношення, у зв'язку з чим їх порівнювати не виявляється правильним [150, с. 166].

Стосовно об'єктивної сторони, І. М. Ясінь зазначає, що спільною ознакою у парі порівнюваних складів злочинів є суспільно небезпечне діяння. Набуття, як

одна з чотирьох альтернативних форм суспільно небезпечного діяння, описаних у диспозиції ст. 209 КК України, повністю збігається за змістом і формою суспільно небезпечного діяння, передбаченого у ст. 368-2 КК України [150, с. 166].

В свою чергу, О. І. Гузоватий та О. О. Титаренко вказують, що основні відмінності між незаконним збагаченням і легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, полягають в ознаках об'єктивної та суб'єктивної сторін. Об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, становить лише набуття у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача особою таких активів будь-якій іншій особі. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 209 КК України, характеризується іншими діями, а саме: вчинення фінансової операції чи правочину з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, а також вчинення дій, спрямованих на приховування чи маскуванню незаконного походження таких коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, зміну їх форми (перетворення), а так само набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна, одержаних внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів [39, с. 150].

В даному випадку слід звернути увагу на суттєвий, з нашого погляду аспект, який, як вбачається, упустили зазначені вище науковці. І за часів існування статті 368-2 і сьогодні, коли актуальною є стаття 368-5 у диспозиції мова йде про набуття активів саме у власність. У зв'язку з цим, ми вважаємо за необхідне зазначити таке.

Відповідно до статті 317 Цивільного кодексу України зміст права власності полягає у праві володіння, користування і розпорядження своїм майном. Суспільно небезпечне діяння у диспозиції статті 209 КК України може

здійснюватися у формі набуття, володіння, використання, розпорядження майном, одержаним злочинним шляхом. Усі інші дії, описані у диспозиції статті, підпадають під одну з цих чотирьох форм. Серед них є та, яка не підпадає під зміст права власності, зазначений у статті 317 ЦК України, а саме набуття. Більше того, останньому приділена в ЦК України окрема увага у главі 24, яка так і називається «Набуття права власності». У відповідному підрозділі ми вже згадували про те, що набуття охоплює певний процес отримання активів у власність і не є тотожним з самим правом на власність. Водночас не можна заперечувати з аналізу змісту статті 368-5, що наявність самого права власності на активи, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи, не буде кваліфікуватись як злочин, передбачений статтею 368-5. Це опосередковано підтверджується і тим, що в диспозиції законодавець окремо визначив як суспільно небезпечне діяння набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

З огляду на зазначене можна дійти висновку про те, що право володіння, користування і розпорядження, тобто можливість реалізації суб'єктом самого права власності також закладені у диспозицію статті 368-5 КК України.

Зважаючи на це, ми вважаємо, що суспільно небезпечне діяння порівнюваної пари злочинів співпадає в усіх чотирьох формах, а саме у набутті, володінні, користуванні і розпорядженні.

Стосовно суб'єктивної сторони порівнюваних складів, слід сказати, що автори спільні у розумінні того, що розмежувальною є така ознака цього елемента складу злочину як мета [39, с. 170; 150 с. 166]. У диспозиції ст. 209 КК України

йдеться про мету, яка визначає спрямованість суспільно небезпечного діяння, яка полягає у бажанні особи шляхом вчинення дій, передбачених ч. 1 ст. 209 КК України, надати доходам, одержаним злочинним шляхом, правомірного вигляду [18, с. 59]. Саме наявність мети надання правомірного вигляду впливає на відмінність порівнюваних складів злочинів [150, с. 166].

Підводячи підсумок ми б хотіли звернути увагу на той важливий момент, що порівнювані статті 209, 368 та 368-5 КК України є складовими частинами системи запобігання корупції. Більше того, у своєму взаємозв'язку вони утворюють окрему підсистему, яка покликана унеможливити уникнення від відповідальності корупціонерів за схожі діяння.

Зокрема, відомо, наприклад, що злочин, передбачений ст. 368 КК України характеризується високим рівнем латентності, був і залишається складним у процесуальному доказуванні. Тому, як зазначає І.М. Ясінь, «ідея встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення і з'явилася після того, як виявилось, що факт давання-одержання хабара довести неймовірно складно, коли обоє контрагентів не хочуть зізнатися у вчиненому» [137; 150, с. 159]. У зв'язку із цим, зазначають О. І. Гузоватий та О. О. Титаренко, незаконне збагачення (у редакції до змін від 14.10.2014) – це не тільки стаття, що входить до складу завершального рубежу протидії корупції, а й стаття, яка передбачає відповідальність за умови, коли в діях корупціонера відсутні ознаки інших складів корупційних злочинів, тобто є елементом основного рубежу кримінально-правової протидії корупції [39, с. 167]. І хоча автори не розділяють позицію Д. Г. Михайленка, зазначаючи, що норма про незаконне збагачення в діючій редакції є яскравим виразом суті ст. 20 Конвенції, яка покликана здійснювати запобігання найбільш латентним корупційним проявам, а її функціонування забезпечується механізмом декларування осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, ми все ж переконані, що ця

думка є правильною, оскільки про це свідчить, зокрема, практика діяльності детективів Національного антикорупційного бюро України.

Щодо статті 209 КК України, то, в цьому випадку досвід детективів Національного антикорупційного бюро України також доводить, що доказувати предикатний злочин, який передбачений у цій статті, іноді доволі важко, а іноді фактично не можливо. І тут знову ж таки важливу роль повинна відігравати стаття 368-5, яка покликана унеможливити уникнення злочинцем відповідальності.

Таким чином, доповнюючи одна одну зазначені статті КК України створюють важливий механізм притягнення до відповідальності осіб, які вчинили корупційні злочини, що, у свою чергу, є важливою гарантією функціонування органів державної влади і органів місцевого самоврядування в Україні.

Висновки до Розділу 2.

Розгляд об'єктивних та суб'єктивних ознак складу злочину «незаконне збагачення» дозволив дійти таких висновків і сформулювати пропозиції:

Під загальним об'єктом незаконного збагачення варто розуміти сукупність усіх суспільних відносин, поставлених під охорону законодавства України про кримінальну відповідальність.

Проведене дослідження дає підстави розглядати родовий об'єкт незаконного збагачення як суспільні відносини, що забезпечують регламентовану національним законодавством діяльність осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Основним безпосереднім об'єктом незаконного збагачення є суспільні відносини, які визначають встановлений законодавством порядок діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування щодо законності набуття активів в частині їх непідкупності та фінансування виключно у порядку, встановленому законодавством.

Додатковим безпосереднім об'єктом незаконного збагачення є рівень суспільної довіри до органів державної влади та місцевого самоврядування.

Об'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України, характеризується діями у таких формах:

- набуття активів у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування;

- набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

За конструкцією об'єктивної сторони кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368-5 КК України є з формальним складом і є закінченим з моменту набуття активів у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або можливість суб'єкта злочину прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Зважаючи на юридичну невизначеність правового статусу криптовалюти у законодавстві України, вважаємо, що термін «криптовалюти» повинен бути виключений з ч. 3 примітки до ст. 368-5 КК України щонайменше до моменту правового врегулювання цього питання в Україні.

Автор пропонує текст ч. 3 примітки до ст. 368-5 КК України викласти в такій редакції:

«Під активами слід розуміти кошти, у тому числі електронні гроші, інше майно, майнові та немайнові права, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, а також роботи і послуги, надані службовій особі».

Вкрай важливим аспектом для кваліфікації нової редакції диспозиції ст. 368-5 КК України є визначення незаконного збагачення саме як різниці у вартості між набутими активами та доходами особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Запропоноване в диспозиції частини першої статті 368-5 КК України словосполучення «законні доходи» може по-різному тлумачитися суб'єктами правозастосування саме через відсутність чіткої визначеності та передбачуваності, тому пропонуємо замінити юридичну конструкцію «законні доходи» на термін «доходи».

Доходи членів сім'ї, суб'єкта злочину, передбаченого у статті 368-5 КК України, також повинні визначатись у її диспозиції та враховуватись під час кримінально-правової оцінки відповідного діяння.

Суб'єктом цього кримінального правопорушення є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Вважаємо, що використання при визначенні суб'єкта злочину, передбаченого статтею 368-5 терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» не тільки не сприяло вдосконаленню кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а й створило перешкоди у остаточному розумінні того хто саме може вважатись суб'єктом відповідного злочину, порушує принцип єдності юридичної термінології, яка застосовується для статей цієї ж глави КК України та в кінцевому рахунку створює перешкоди для органів досудового розслідування під час визначення суб'єкта злочину незаконного збагачення. Ми переконані, що зазначений термін повинен бути замінений на термін «службова особа».

З метою усунення неузгодженостей між Загальною та Особливою частинами КК України, зокрема, між ст.ст. 18 та 368-5, а також між ст.ст. 364, 368 та 368-5 пропонуємо у ст. 368-5 КК України суб'єкта злочину визначити так:

- у ч. 1 суб'єкт – службова особа (визначення у ч. 1 примітки до ст. 364 КК України);
- у ч. 2 суб'єкт – службова особа, яка займає відповідальне становище (визначення у ч. 1 примітки до ст. 368 КК України);
- у ч. 3 – службова особа, яка займає особливо відповідальне становище (визначення у ч. 1 примітки до ст. 368 КК України).

Суб'єктивна сторона незаконного збагачення - це внутрішня психічна діяльність особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що відображає її свідоме і вольове позитивне ставлення до діяння, яке вона вчиняє.

Суб'єктивна сторона досліджуваного правопорушення характеризується виною у формі умислу. Інтелектуальна ознака умислу полягає у тому що, особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування усвідомлює суспільну небезпечність своїх дій, а саме, що вона набуває у власність активи, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи. Вольова ознака полягає у тому, що суб'єкт злочину бажає вчинити такі дії. Мотив та мета є факультативними ознаками цього злочину.

З метою приведення диспозиції статті 368-5 у відповідність до статті 20 Конвенції ООН проти корупції, а також забезпечення принципу правової визначеності вважаємо, що у статті 368-5 незаконне збагачення повинне визначатись саме як «умисне збільшення активів».

У запропонованих змінах до ст. 368-5 КК України ступінь вини набуватиме особливого значення з огляду на самого суб'єкта, оскільки, як пропонується, відповідальність має бути диференційованою відповідно до посади, яку займає або займала службова особа.

Пропонуємо диспозицію ст. 368-5 КК України викласти у такій редакції:
«Умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення службовою особою

активів, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».

Суспільно небезпечне діяння є головним критерієм розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 та 368-5 КК України.

Також цей критерій буде зберігати своє значення і за умов запровадження запропонованих нами змін стосовно диференціації відповідальності залежно від статусу службової особи, що також спостерігається на даний момент у статті 368.

В свою чергу, при порівнянні складів злочинів, передбачених статтями 209 та 368-5 КК України одним з важливих критеріїв розмежування є предмет злочину.

Порівнювані статті 209, 368 та 368-5 КК України є складовими частинами системи запобігання корупції. Більше того, у своєму взаємозв'язку вони утворюють окрему підсистему, яка покликана унеможливити уникнення від відповідальності корупціонерів за схожі діяння.

Таким чином, доповнюючи одна одну зазначені статті КК України створюють важливий механізм притягнення до відповідальності осіб, які вчинили корупційні злочини, що, у свою чергу, є важливою гарантією функціонування органів державної влади і органів місцевого самоврядування в Україні.

РОЗДІЛ 3 ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ.

3.1 Покарання за незаконне збагачення.

Загальновідомою є теза про те, що право є або, скоріше, повинно бути втіленням добра і справедливості. При цьому, справедливість розуміють як співвідношення між тим, що людина зробила і тим, яку відповідальність вона за це несе. Розуміння справедливості, безпосередньо цього співвідношення, відрізняється від однієї держави до іншої, від одного суспільства до іншого. І навіть в одній державі і одному суспільстві розуміння цього фундаментального правового принципу часто є різним в різні історичні періоди. І це цілком нормально, оскільки як соціально-економічний розвиток, так і розвиток суспільних відносин тривають, з'являються нові відносини, а з ними, нажаль, і нові порушення, що, відповідно, спричиняє і виникнення нових санкцій. Не дивлячись на різницю у розумінні поняття справедливості у різних державах у різні історичні періоди, цілком впевнено можна стверджувати одне – воно завжди було, є і буде предметом тривалих дискусій в кожній державі, яка проголошує себе правовою і демократичною. Відтак, дослідження співвідношення діяння і відповідальності завжди представлятимуть науковий і практичний інтерес.

Проблема кримінальної відповідальності неодноразово досліджувалась у працях вітчизняних і зарубіжних науковців, таких, наприклад, як: М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, М.О. Беляєв, І.Г. Богатирьов, І.М. Гальперін, В.О. Глушков, В.К. Грищук, Т.А. Денисова, М.Ф. Детков, Ю.А. Пономаренко, В.В. Сташис, В.Я. Тацій, В.М. Трубніков та інших.

Питання кримінальної відповідальності за незаконне збагачення досліджувалась у працях Б.Г. Безгинського, Л.П. Брич, О.І. Гузоватого, О.О. Дудорова, М.В. Кочерова, В.Н. Кубальського, М.І. Мельника, Т.М. Тертиченка, О.О. Титаренко, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, О.В. Шемякіна

та І.М. Ясінь. Враховуючи це, а також той факт, що питання правової регламентації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення піддавалось неодноразовим змінам на законодавчому рівні, можна стверджувати, що воно залишається ще недостатньо дослідженим.

Питання покарання за незаконне збагачення як і за інші діяння у кримінальному праві є складовими частинами одного з найголовніших питань у праві – питання юридичної відповідальності. Фіксуючи у праві конкретне діяння як правопорушення і встановлюючи за його вчинення конкретний вид і міру юридичної відповідальності, держава, таким чином, виконує одну з своїх основних функцій – забезпечення реалізації і захисту прав та свобод людини й громадянина. Водночас, реалізація названої функції повинна здійснюватися державою у тісному взаємозв'язку із суспільством для того, щоб дії держави з одного боку враховували інтереси останнього, а з іншого – не переросли у свавілля.

У такій взаємодії встановлення юридичної відповідальності стає особливою реакцією з боку держави і суспільства, що виникає внаслідок загрози існуючим правам та свободам її громадян. І для того, щоб така реакція досягла своєї кінцевої цілі – унеможливити настання катастрофічно руйнівних наслідків для обох з них – встановлення юридичної відповідальності повинно відповідати чітким меті, критеріям або принципам.

Відповідно у кримінальному праві відповідальність встановлюється за діяння, що несуть найбільшу загрозу для суспільства, а відтак вона є найбільш відчутною для правопорушника, оскільки досить часто передбачає суттєве обмеження прав і свобод засудженого до покарання у виді позбавлення волі.

Здатність держави належним чином запобігати незаконному збагаченню, одночасно означає і її здатність запобігати корупції загалом, особливо в умовах збройної агресії російської федерації проти України, що розпочалася 2014 року та триває й досі.

Особливо гостро для громадянського суспільства в Україні та міжнародної спільноти стоїть питання притягнення до кримінальної відповідальності та призначення покарання за вчинення корупційних кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану, зокрема за незаконне збагачення.

Виявлені в умовах воєнного стану компетентними органами, громадськими організаціями, журналістами численні факти незаконного збагачення у керівного складу працівників територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки (ТЦК), посадовців медико-соціальних експертних комісій (МСЕК), народних депутатів України та інших осіб, уповноважених на функціонування держави та органів місцевого самоврядування свідчить про те, що для більшості громадян України такі дії є неприйнятними та потребують належного реагування органів досудового розслідування, перш за все Національного антикорупційного бюро України та Державного бюро розслідувань.

Стосовно мети юридичної відповідальності О.В. Шмоткін зазначає, що це той результат, на який розрахована відповідальність, в якому відображено загальні цілі права [143, с. 343].

Залежно від особливостей складу конкретного правопорушення перед юридичною відповідальністю можуть стояти різні цілі:

1. Компенсація потерпілому (в тому числі фізичним і юридичним особам, державі або іншим суб'єктам) матеріальної й моральної шкоди, яка йому заподіяна правопорушенням.

2. Запобігання (профілактика) правопорушенням, яке полягає у впливі на осіб, що утримує їх від правопорушень.

3. Покарання за вчинене правопорушення, тобто справедлива відплата правопорушнику за скоєне правопорушення.

4. Виправлення правопорушників – це вплив на свідомість правопорушників, який утримує їх від скоєння нових правопорушень [143, с. 343].

Серед фундаментальних начал, на підставі яких накладається юридична відповідальність, тобто принципів виділяють такі, як:

1. Законність – відповідальність, накладається тільки уповноваженими структурами, на підставі закону й у порядку, передбаченому законом. Ніхто не може нести відповідальності за конкретну дію чи бездіяльність, які в момент їх вчинення не були передбачені законом як правопорушення.

2. Неприпустимість подвоєння – забороняється двічі притягати до відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

3. Презумпція невинуватості – полягає в тому, що особа вважається невинуватою у вчиненні правопорушення, доки її вину в цьому не буде доведено в суді, який винесе обвинувальний вирок. Обов'язок доводити вину покладається на державу. Обвинувачення не може будуватися на припущеннях, і всі сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого. Держава зобов'язана відшкодувати матеріальну й моральну шкоду особам, які засуджуються безпідставно, що підтверджується скасуванням вироку суду щодо них.

4. Невідворотність відповідальності. За будь-яке правопорушення повинна обов'язково накладатись юридична відповідальність.

5. Гуманізм. У накладенні відповідальності неприпустимо допускати катування або нелюдські покарання.

6. Індивідуалізація відповідальності. Суб'єкт відповідає тільки за індивідуальні, конкретні діяння під час вчинення правопорушень.

7. Справедливість. Відповідальність накладається залежно від характеру діяння, поведінки індивіда (правопорушника) під час і після правопорушення.

8. Оперативність. Між вчиненням правопорушення й накладенням юридичної відповідальності повинен бути мінімум часу.

9. Обґрунтованість. Відповідальність накладається на підставі точно встановлених юридичних фактів, які передбачені законодавством і отримані шляхом, передбаченим ним.

10. Доцільність. Цілі юридичної відповідальності реалізуються з мінімальними витратами сил та засобів [143, с. 345].

Серед означених принципів в межах цієї частини дослідження нас передусім цікавить принцип справедливості, що є своєрідним продовженням загального принципу права, про який йшлося на початку цього підрозділу. Його розуміння у встановленні відповідальності за незаконне збагачення це розуміння того яким має бути покарання за цей злочин для того щоб досягти відповідного результату (цілі), що необхідний нашому громадянському суспільству і правовій державі в конкретний історичний період.

Наскільки точно відповідає покарання вчиненому суспільно небезпечному діянню, настільки реалізація цієї норми на практиці сприяє запобіганню новим злочинам [39, с. 181].

Зміст відповідальності за незаконне збагачення неодноразово зазнавав законодавчих змін, що стосувались як зміни самої санкції, так і зміни ступеню тяжкості досліджуваного кримінального правопорушення.

Варто зауважити, що склад кримінального правопорушення, який передбачав відповідальність за незаконне збагачення вперше був введений до КК України Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» № 3207-VI від 07.04.2011 року. Санкція ст. 368-2 КК України за одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передачу нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва передбачала штраф від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеження волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Якщо предметом незаконного збагачення була неправомірна вигода у великих розмірах – обмеження волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох

років, а неправомірна вигода в особливо великих розмірах – позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

У той же час, Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» № 222-VII від 18.04.2013 санкції ч.ч. 2 та 3 ст. 368-2 КК України було доповнено покаранням у виді конфіскації майна та заходом кримінально-правового характеру – спеціальна конфіскація [99].

Проте, вже з прийняттям Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» № 1698-VII від 14.10.2014 р. з ч. 1 ст. 368-2 КК України, було вилучено покарання у виді штрафу.

Однак, станом на 12.02.2015 року редакція ст. 368-2 КК України залишилася незмінною, а з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні» № 770-VIII від 10.11.2015 року (далі – Закон), зі ст. 368-2 було виключено такий захід кримінально правового характеру як спеціальна конфіскація [4]. В даному випадку необхідно зазначити, що, ми підтримуємо думку про те, що, це був позитивний крок, оскільки він був одним з заходів, спрямованих на удосконалення зазначеного інституту. В пояснювальній записці до проекту цього Закону, зазначалось, що «проектом Закону пропонується удосконалити існуючий у Кримінальному кодексі України інститут спеціальної конфіскації, усунувши суперечності в КК щодо застосування спеціальної конфіскації активів, які є предметом злочинної діяльності або набуті внаслідок такої діяльності, що дозволить 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 Групою з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) [92].

Загалом в теорії існує дві протилежні позиції щодо самої кримінально-правової природи «спеціальної конфіскації».

Так, О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко звертають увагу на те, що прихильники теорії кримінально-правової природи «спеціальної конфіскації» вказують на те, що спеціальна конфіскація за своєю суттю є правообмеженням, що застосовується до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, має на меті не допустити повторного використання певних предметів в антисуспільних цілях, попередити новий злочин, впливати на свідомість особи для того, щоб переконати її в «невигідності» подальшого заняття злочинною діяльністю [39, с. 184]. Крім того, спеціальна конфіскація є правовим наслідком вчиненого злочинного діяння, а положення КПК не повинні визначати санкції кримінально-правових норм [135, с. 106].

Згадуючи іншу позицію, О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко вважають, що В.М. Бурдін аргументовано критикує прихильників кримінально-правової природи спеціальної конфіскації, який у своїх публікаціях зазначає, що вказівка у санкціях окремих статей Особливої частини КК України на застосування до особи «спеціальної конфіскації», котра за своєю суттю є заходом процесуального примусу, не означає, що це положення входить до змісту кримінально-правової норми. Положення про спеціальну конфіскацію не є якоюсь новелою законодавства, оскільки йдеться саме про порядок поводження з речовими доказами [28, с. 48].

Також О.І. Гузоватий та О.О. Титаренко додають, що у юридичній літературі зазначено, що спеціальна конфіскація є кримінально-правовим інструментом міжнародного співтовариства у боротьбі з наркоторгівлею, корупцією, тероризмом і його фінансуванням [39, с. 184; 152, с. 291]. Підтвердженням цього, як зазначає В.І. Цимбалюк, є низка міжнародно-правових актів, зокрема Віденська конвенція про боротьбу проти незаконного обігу

наркотичних засобів і психотропних речовин (1988 р.), Конвенція про правову допомогу і правові відносини по цивільних, сімейних і кримінальних справах (1993 р.), Римський статут Міжнародного кримінального права (1998 р.), Міжнародна конвенція ООН про боротьбу з фінансуванням тероризму (1999 р.), Конвенція ООН проти корупції (2003 р.) тощо [142].

Отже, зазначене питання залишається дискусійним в теорії.

Наступні зміни в еволюцію інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення внесло відоме Рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019 [115]. Статтю 368-2 КК України визнано такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною) та виключено з КК України на підставі Закону № 3233-IX від 13.07.2023.

З прийняття Закону України «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» № 263-IX від 31.10.2019 року до КК України було введено нову статтю 368-5, що встановила кримінальну відповідальність за незаконне збагачення та передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років без диференціації, як зазначалось, відповідальності залежно від посади, а також без можливості застосовувати спеціальну конфіскацію та конфіскацію майна [64].

Підсумовуючи вищевикладене, варто зазначити, що від самого початку існування в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення до 2019 року санкція статті 368-2 КК України диференціювала покарання залежно від ступеню тяжкості вчиненого діяння і, відтак, свідчила, що незаконне збагачення могло кваліфікуватись як злочин невеликої тяжкості, середньої тяжкості або тяжкий. Станом на сьогодні склад кримінального правопорушення, передбачений ст.368-5 КК України є тяжким злочином. У такий спосіб, ми

вважаємо, держава засвідчує, що її ставлення до незаконного збагачення поступово змінюється, і, як ми сподіваємось, це відбувається у результаті трансформації усвідомлення тих загроз, які несе це кримінальне правопорушення для самої держави та суспільства [87, с. 69].

Загалом ми підтримуємо позицію законодавця стосовно ступеню тяжкості незаконного збагачення. Водночас, ми стверджуємо, що відповідальність за цей злочин має бути диференційованою відповідно до посади, яку займає або займала особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. На нашу думку, службова особа за вчинення зазначеного діяння, повинна нести основне покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до шести років, службова особа, яка займає відповідальне становище, – від п'яти до десяти років, а якщо таке діяння вчиняє службова особа, яка займає особливо відповідальне становище, такий злочин має бути визначений як особливо тяжкий, що, відповідно, повинно відобразитись і на санкції статті – від восьми до дванадцяти років [87, с. 69].

Стосовно останнього ми переконані, що такий підхід буде певною мірою відповідати тому, що покладений у формулюванні відповідальності, передбаченої частинами 3 та 4 статті 368 КК України «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», яка містить схожий склад злочину, про що ми вже говорили у попередньому підрозділі [87, с. 70].

Варто констатувати, що еволюція інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення проходила шлях свого становлення та розвитку, при цьому зміни стосувалися додаткового виду покарання – конфіскації майна та спеціальної конфіскації, як заходу кримінально правового характеру. Щодо спеціальної конфіскації, то, як стверджувалось вище, ми переконані, що скасування такого заходу кримінально правового характеру було позитивним кроком, оскільки дійсно було спрямоване свого часу на вдосконалення цього інституту. У той же час ми не підтримуємо думку законодавця, щодо вилучення з

санкції, досліджуваного складу кримінального правопорушення, додаткового покарання у виді конфіскації майна.

Передусім зазначимо, що на нашу думку, не зовсім зрозумілою є позиція законодавця у цьому питанні. Справа в тому, що на момент дії ст. 368-2 КК України у її частинах 1 та 2, де незаконне збагачення, з огляду на санкції, передбачені цими частинами, даний злочин визнавався злочином невеликої тяжкості і середньої тяжкості відповідно. Санкції цих частин ст. 368-2 передбачали конфіскацію майна як додаткове покарання. Водночас, відповідно до ч. 2 ст. 59 КК України, конфіскація майна застосовувалась і застосовується на даний момент за тяжкі і особливо тяжкі злочини, вчинені з корисливих мотивів. Відтак, як зазначав О.І. Гузоватий це було порушенням принципу системно-правової несуперечності пеналізації суспільно небезпечних діянь, і тому справедливо потребувало виключення із санкції статті 368-2 КК України [37, с. 174].

Після криміналізації ст. 368-5 КК України, де незаконне збагачення збереглося лише у виді тяжкого злочину, законодавець у санкції не закріпив, знову ж таки не зрозуміло чому, конфіскацію майна як додатковий вид покарання. І це знову ж таки не відповідає ч. 2 ст. 59 КК України і, в свою чергу суперечить принципу системно-правової несуперечності пеналізації суспільно небезпечних діянь, про який зазначалось вище, а тому потребує введення її у санкцію цієї статті.

Ще раз згадаємо ст. 368 КК України, якою встановлено склад злочину, суміжний із незаконним збагаченням, де конфіскація майна передбачена ч.ч. 3, 4 (тяжкий та особливо тяжкий корисливий злочин), що є своєрідним еталоном дотримання даного принципу пеналізації суспільно небезпечних діянь [39, с. 194].

О.І. Гузоватий звертає увагу на думку В.Н. Кубальського, який слушно зазначає, що в усьому світі конфіскація майна є одним з головних інструментів антикорупційної політики. Причому йдеться про таку конфіскацію, коли тягар доведення законності нажитого майна покладається на чиновника. Резолюція

1997 р. AGN/66/RES/17 Генеральної Асамблеї Інтерполу містила пропозицію покласти на обвинуваченого обов'язок доведення законності походження майна, набутого протягом злочинної діяльності. У ч. 8 ст. 31 Конвенції зазначено, що «Держави-учасниці можуть розглянути можливість встановлення вимоги про те, щоб особа, яка вчинила корупційний злочин, довела законне походження таких удаваних доходів від злочину тією мірою, якою така вимога відповідає основоположним принципам їхнього внутрішнього права й характеру судового або іншого розгляду». Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. в п. 7 ст. 12 містить подібні положення [36, с. 176].

Окрім того, активно застосовується в багатьох країнах конфіскація «*in rem*» (дослівно – проти майна). Конфіскацію «*in rem*» використовують у випадках, коли майно обвинуваченого значно перевищує його законні доходи і є підстави вважати, що воно здобуто злочинним шляхом. Так, наприклад, уряд США, відмовляючись ратифікувати Конвенцію ООН проти корупції, посилаючись на неприйнятність та суперечить її положень Конституції, підкреслив, що їх національне законодавство широко застосовує конфіскацію – цивільну за правовою природою, і не пов'язану із попереднім засудженням особи, процедура, за якої тягар доведення правомірності походження майна зазвичай покладається на його володільця [66 с. 32-33].

Ми переконані у цілковитій логіці того, що широке застосування конфіскації майна як одного з головних інструментів запобігання корупції в усьому світі призвело до того, що цей інструмент було введено в Конвенцію ООН проти корупції, де цьому питанню окремо присвячена стаття 31.

Зокрема, в ч. 1 цієї статті йдеться про те, що кожна Держава-учасниця вживає, максимальною мірою, можливою в рамках її внутрішньої правової системи, таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливої конфіскації:

а) доходів від злочинів, що визначені цією Конвенцією, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів;

б) майна, обладнання та інших засобів, які використовувались або призначалися для використання під час вчинення злочинів, що визначені цією Конвенцією.

Відповідно до ч. 2, кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливості виявлення, відстеження, заморожування або арешту будь-чого з переліченого в частині 1 цієї статті з метою подальшої конфіскації.

Згідно з ч. 4, якщо такі доходи від злочинів були перетворені, частково або повністю, в інше майно, заходи, зазначені в цій статті, застосовуються до такого майна.

У ч. 5 зазначено, що якщо такі доходи від злочинів були долучені до майна, придбаного із законних джерел, то конфіскації, без шкоди для будь-яких повноважень, що стосуються заморожування або арешту, підлягає та частина майна, яка відповідає оціненій вартості долучених доходів.

Крім того, відповідно до ч. 6, до прибутку або інших вигод, які одержані від доходів, здобутих злочинним шляхом, від майна, в яке були перетворені такі доходи, або від майна, до якого були долучені такі доходи, також застосовуються заходи, зазначені в цій статті, так само й такою самою мірою, як і до доходів, що здобуті злочинним шляхом [53].

Цікавим є той факт, що ініціатором введення конфіскації в Конвенцію ООН проти корупції були Сполучені Штати Америки, які за допомогою цього заходу в свій час змогли зупинити в країні вал корупції та організованої злочинності, коли ввели у себе на початку 70-х років комплекс законів проти рекету, організованої злочинності та корупції. Вони скрізь зазначали, що без конфіскації майна, без страху втратити капітал злочинець не зупиниться [39, с. 192].

На нашу думку, така деталізація конфіскації майна разом з іншими заходами є свідченням того, що держави-учасниці Конвенції визнають особливо важливе значення цього заходу протидії корупції [87, с. 71].

За результатами проведеного нами опитування детективів Національного антикорупційного бюро України, переважна більшість респондентів, а саме 67,9 % (118 осіб) з усіх опитаних переконані, що розмір та вид покарання, передбачених статтею 368-5 КК України потребують перегляду, а абсолютна більшість респондентів 90,6 % (158 осіб з опитаних) вважають, що санкцію статті 368-5 КК України доцільно доповнити таким видом покарання як конфіскація майна (Детальніше див. додаток Б).

Зважаючи на викладене вище, ми переконані, що з метою приведення КК України у відповідність до положень Конвенції ООН проти корупції, а також забезпечення дотримання принципу системно-правової несуперечності пеналізації суспільно небезпечних діянь, санкція статті 368-5 КК України повинна бути доповнена таким видом покарання як конфіскація майна, і в запропонованих нами раніше змінах статті 368-5 таке покарання повинно бути у всіх її частинах.

Незаконне збагачення з самого початку його введення в КК України передбачало і на даний момент передбачає у санкції ще один вид покарання – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Це, на нашу думку, свідчить про те, що цей вид додаткового покарання не викликав і не викликає сьогодні заперечень щодо необхідності його застосування у згаданій статті КК України. Цілком зрозуміло, що це пояснюється тим, що незаконне збагачення є кримінальним правопорушенням у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, а його суб'єкти – тільки особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування [87, с. 72].

Ще раз згадуючи принцип справедливості, вважаємо за необхідне підкреслити, що він має важливе значення при кваліфікації діяння на стадії

досудового розслідування так і на завершальному етапі розгляду кримінального провадження у суді.

З одного боку, наукова обґрунтованість, адекватність та якість реалізації пенальної політики держави є гарантією справедливого застосування покарання в практичній діяльності, одним з показників дотримання прав і свобод людини і громадянина. Від того, наскільки якісним та ефективним є визначення міри покарання в досліджуваному елементі статті КК України, багато в чому залежить успіх реалізації інституту покарання в цілому [39, с. 185].

З іншого ж боку, для притягнення особи до кримінальної відповідальності за таке діяння необхідно повно та всебічно дослідити всі обставини справи: з'ясувати службове становище особи, місце її роботи, коло повноважень, поведінку до вчинення кримінального правопорушення, мотиви, мету, характер вчинених дій, наявність причинного зв'язку між службовим становищем особи, протиправним використанням службових повноважень та наслідками, що могли настати у результаті використання цих повноважень чи можливостей службового становища. Зібрані докази мають бути ретельно перевірені під час судового розгляду, що є запорукою призначення покарання відповідно до вчиненого кримінально протиправного діяння [132; 39, с. 186].

Таким чином, на підставі проведеного вище дослідження з урахуванням змін, які нами пропонувались раніше і стосувались в тому числі диференціації покарання залежно від того чи є особа, яка вчинила незаконне збагачення службовою, чи службовою особою, яка займає відповідальне становище, чи службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, ми пропонуємо наступну редакцію санкцій статті 368-5 КК України:

ч. 1...карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;

ч. 2... карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;

ч. 3... карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

Враховуючи те, що ч. 2 примітки до статті 368-5 КК України під набуттям активів визначає також набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, пропонуємо застосовувати до юридичних осіб, які набули у власність активи заходи кримінально-правового характеру, що передбачені статтею 96-6 КК України, а саме: штраф, конфіскацію майна та ліквідацію.

Пропонуємо внести зміни до статті 96-3 КК України та викласти пункт 1 частини 1 цієї статті в такій редакції: «вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених у статтях 209 і 306, частинах першій і другій статті 368-3, частинах першій і другій статті 368-4, статті 368-5, статтях 369 і 369-2 цього Кодексу».

3.2 Звільнення від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Одним із заохочувальних заходів кримінально-правового впливу є звільнення від кримінальної відповідальності. У різні періоди розвитку науки кримінального права багато відомих вчених приділяли увагу дослідженню інституту звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема Х. Д. Алікперов, П. П. Андрушко, Ю. В. Баулін, В. С. Єгоров, С. Г. Келіна, О. В. Ковітіді, О. С. Козак, О. М. Лемешко, В. Т. Маляренко, Т. Б. Ніколаєнко, В. Ч. Песлякас, П. В. Хряпінський, В. І. Чижаєв, С. С. Яценко та інші.

Кожна галузь права, як і всі підгалузі, інститути, субінститути й навіть окремі правові норми мають власну, здебільшого більш вузьку й однорідну, превентивну мету, яка зазвичай визначається предметом правового регулювання відповідної галузі права та цілями (призначенням) її існування [21, с. 28]. На думку Гуменюк А. С., метою кримінально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності є запобігання обмеженню прав людини шляхом притягнення порушника до кримінальної відповідальності, не пропорційної її цілям [40, с. 7]. Багато питань, пов'язаних з досліджуванім інститутом, все ще залишаються дискусійними в науці кримінального права.

Деякі вітчизняні вчені досліджували окремі аспекти проблематики звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Однак, питання звільнення від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення залишалося поза увагою вчених та є недослідженим.

Розглядаючи поняття звільнення від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, необхідно насамперед зазначити, що семантично «звільняти» означає позбавляти кого-небудь чогось обтяжливого чи зайвого, небажаного [29]. Очевидно, що обтяжливим, зайвим чи небажаним у цьому разі є офіційний осуд, покарання та судимість – елементи змісту кримінальної відповідальності.

«Відповідальність» тлумачиться, по-перше, як покладений на когось або взятий на себе обов'язок відповідати за певну ділянку роботи, справу, за чийсь вчинки, дії, слова, а по-друге, як серйозність, важливість справи, моменту тощо. Оскільки кримінальна відповідальність стосується злочину, то такий обов'язок покладається на особу, яка його вчинила.

Звільнення від кримінальної відповідальності є відмовою держави від негативної оцінки поведінки особи у формі обвинувального вироку. Така позиція однією з перших з'явилася в науці кримінального права і пов'язана з розумінням кримінальної відповідальності в ретроспективному аспекті, як обов'язку особи зазнати негативних наслідків за вчинення злочину, які втілюються у вигляді кримінального покарання [40, с. 8].

Звільнення від кримінальної відповідальності є заснованою на кримінальному законі і вираженою в рішенні суду відмовою від застосування до винного ретроспективної кримінальної відповідальності, якщо дотримання ним позитивних вимог кримінального закону може бути забезпечено іншими заходами примусу.

З одного боку, таке визначення містить обґрунтування доцільності застосування норм про звільнення від кримінальної відповідальності. Проте, з іншого, звільнення від відповідальності не є заходом примусу, це інститут заохочувального характеру, який повинен застосовуватися на засадах добровільності з боку правопорушника, у зв'язку з усвідомленням ним можливості уникнути негативних наслідків у вигляді кримінального покарання за вчинене ним діяння. Ще один підхід передбачає, що звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова від застосування заходів кримінально-правового характеру до винної особи внаслідок втрати нею суспільної небезпечності, або в силу її позитивної постзлочинної поведінки, або внаслідок закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності. Фактично, держава відмовляється від обмеження прав і свобод винного та вважає, що особа втратила

суспільну небезпечність у разі, якщо нею були виконані встановлені законом вимоги. Варто погодитися з позицією Гуменюк А. С., яка недоліком цього підходу вважає ігнорування процесуального аспекту застосування звільнення від кримінальної відповідальності. Водночас, достатньо широко враховуються матеріально-правові підстави його застосування [40, с. 9]. Вищевказаного підходу щодо визначення звільнення від кримінальної відповідальності притримуються багато сучасних науковців. Зокрема, Баулін Ю. В. розуміє цей термін як передбачену законом відмову держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, обмежень її певних прав і свобод, визначених КК України [23, с. 58]. Також звільнення від кримінальної відповідальності можна розуміти як виражену у відповідному процесуальному акті безумовну або умовну відмову держави від офіційного визнання особи винною у вчиненні злочину і – як наслідок цього – від її засудження та покарання.

Такого підходу дотримується, зокрема, А. В. Єндольцева [46, с. 85-86]. Варто погодитися з думкою Гуменюк А. С., яка вважає, що використання такої позиції не є обґрунтованим з точки зору того, що відмова держави від визнання особи винною означає, що до неї не можуть бути застосовані будь-які кримінально-правові категорії: ні покарання, ні звільнення від покарання, ні звільнення від кримінальної відповідальності. Процесуальною формою вираження такого рішення держави є виправдувальний вирок суду, а не ухвала про звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки невинна особа не повинна вчиняти будь-яких дій для того, щоб довести свою невинуватість або бути звільненою від відповідальності, а застосування однакових мір як до винної, так і до невинуватої особи свідчить про порушення принципу справедливості призначення покарання і ставить під сумнів доцільність кримінальної відповідальності в цілому [40, с. 10].

В свою чергу, в п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення від

кримінальної відповідальності» від 23 грудня 2005 р. № 12, звільнення від кримінальної відповідальності визначене як відмова держави від застосування щодо особи, котра вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених Кримінальним кодексом України, у порядку, встановленому Кримінально-процесуальним кодексом України» [108]. Хоча зазначена дефініція і є, по суті, офіційним тлумаченням звільнення від кримінальної відповідальності, проте, вважаємо, що вона втратила свою актуальність і не відповідає сучасним реаліям розвитку кримінально-правової науки і практики. Зокрема, хоча і зазначено, що, фактично, держава відмовляється від застосування до особи каральних заходів, проте не конкретизовано чому саме така відмова наявна [22, с. 25]. З огляду на це, та на відсутність у КК України визначення поняття звільнення від кримінальної відповідальності, підтримуємо думку Степаненко О. В., яка пропонує таке визначення досліджуваного поняття: «Звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова держави від застосування щодо особи, яка вчинила злочин, у випадках, передбачених цим Кодексом, установлених законом обмежень певних прав і свобод, оскільки завдання кримінального законодавства можуть бути (або вже) досягнуті без притягнення її до кримінальної відповідальності» [126, с. 146].

Також слушною є думка П. В. Хряпінського, який виокремлює такі ознаки звільнення від кримінальної відповідальності:

- 1) відсутність офіційного осуду особи з боку держави у вигляді обвинувального вироку суду;
- 2) офіційна відмова від застосування до особи, яка вчинила злочин, обтяжень кримінально-правового характеру;
- 3) припинення усіх кримінально-правових відносин між державою та звільненою особою [140, с. 82].

О. С. Козак виділяє характерні риси звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема такі:

1) звільнення від кримінальної відповідальності здійснюється відповідно до вимог кримінального та кримінально-процесуального законів;

2) звільнення від кримінальної відповідальності здійснюється від імені держави в особі суду, який виносить рішення іменем України;

3) завжди є повним припиненням правовідносин між державою та особою, звільненою від кримінальної відповідальності, у зв'язку з чим часткове звільнення від кримінальної відповідальності є неможливим;

4) звільнення від кримінальної відповідальності полягає в незастосуванні державою щодо особи, яка вчинила злочин, обмежень її певних прав і свобод, передбачених КК України, та не тягне за собою кримінально-правових наслідків у вигляді засудження й судимості [52, с. 17-18].

Варто погодитися з твердженням Хряпінського П. В., який вважає, що звільнення від кримінальної відповідальності є відмовою держави від офіційного осуду особи, яка вчинила злочин, у вигляді обвинувального вироку суду та застосування обтяжень кримінально-правового характеру у зв'язку з юридичними фактами, передбаченими у КК України, що має наслідком припинення усього комплексу кримінально-правових відносин. [Хряпінський. 82].

В свою чергу, передбачені кримінальним законом види звільнення від кримінальної відповідальності класифікують за різними критеріями. Зокрема, види звільнення від кримінальної відповідальності можна класифікувати за таким критерієм як сфера поширення. Беручи до уваги цей критерій розрізняють загальні та спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності.

КК України передбачає випадки звільнення від кримінальної відповідальності як у Загальній, так і в Особливій частинах. До переліку підстав, передбачених Загальною частиною КК України, належать такі: у зв'язку з дійовим каюттям (ст. 45); у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46); у зв'язку з переданням особи на поруки (ст. 47); у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48); у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 49); щодо неповнолітньої особи із

застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97); щодо неповнолітньої особи у зв'язку з закінченням строків давності (ст. 106); на підставі закону України про амністію (ст. 86); на підставі акта про помилування (ч. 3 ст. 87).

Особливою частиною КК України передбачено спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, а саме: ч. 5, ст. 110-2; ч. 2 ст. 111; ч. 2 ст. 114; ч. 3 ст. 175; ч. 4 ст. 212; ч. 4 ст. 212-1; ч. 2 ст. 255; ч. 6 ст. 258; ч. 2 ст. 258-3; ч. 4 ст. 258-5; ч. 6 ст. 260; ч. 3 ст. 263; ч. 4 ст. 289; ч. 4 ст. 307; ч. 4 ст. 309; ч. 4 ст. 311; ч. 5 ст. 321; ч. 4 ст. 321-1; ч. 5 ст. 354; ч. 4 ст. 401; ч. 5 ст. 447.

14.10.2014 Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про Національне антикорупційне бюро України» № 1698-VII, прикінцевими положеннями якого було встановлено заборону на звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення у зв'язку із дійовим каяттям обвинуваченого, з примиренням винного з потерпілим або з передачею винної особи на поруки [104].

Таким чином, Законом № 1698-VII було встановлено абсолютну заборону на звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення у зв'язку із дійовим каяттям обвинуваченого, із примиренням винного з потерпілим або з передачею винної особи на поруки.

Тобто, вбачається чітка логіка законодавчих змін, спрямованих на унеможливлення звільнення від кримінальної відповідальності або від покарання в разі вчинення корупційного кримінального правопорушення з підстав, передбачених Загальною частиною КК України.

Проте, вважаємо за необхідне звернути увагу на те, що ч. 5 ст. 354 «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації» КК України (корупційне кримінальне правопорушення) законодавцем встановлений спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин.

Враховуючи, що законодавець передбачає можливість встановлення спеціального виду звільнення за корупційні кримінальні правопорушення, існує доцільність, за певних умов, запровадити до осіб, які вчинили незаконне збагачення, такий заохочувальний захід кримінально-правового впливу, як звільнення від кримінальної відповідальності. Таким чином, пропонуємо ст. 368-5 КК України доповнити ч. 6 такого змісту:

«Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності добровільно передала в дохід держави активи, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».

Відповідно до пп. 14 п. 1 ст. 3 КПК України, притягнення до кримінальної відповідальності – стадія кримінального провадження, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення [66].

Таким чином, службова особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності за вказаний злочин у випадку, якщо вона до моменту оголошення їй про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, добровільно передала в дохід держави активи, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї.

Запровадження звільнення від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення дозволить вирішити такі завдання:

1) забезпечення невідворотності кримінально-правового реагування на поведінку службової особи, яка вчинила незаконне збагачення;

2) оперативно сприятиме відновленню порушених суспільних відносин, які визначають встановлений законодавством та нормативно-правовими актами порядок діяльності службових осіб щодо законності набуття активів в частині їх непідкупності та фінансування виключно у порядку, встановленому законодавством;

3) суттєво зменшить обсяг кримінальної рецесії щодо особи, яка вчинила злочин;

4) зменшення обсягу державних витрат на здійснення кримінального судочинства;

5) позитивний економічний ефект для держави, оскільки активи, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї будуть передані в дохід держави шляхом зарахування до спеціального фонду Державного бюджету України.

Висновки до Розділу 3.

З метою приведення КК України у відповідність до положень Конвенції ООН проти корупції, а також забезпечення дотримання принципу системно-правової несуперечності пеналізації суспільно небезпечних діянь, санкція статті 368-5 КК України повинна бути доповнена таким видом покарання як конфіскація майна, і в запропонованих нами раніше змінах статті 368-5 таке покарання повинно бути у всіх її частинах.

На підставі проведеного вище дослідження з урахуванням змін, які нами пропонувались раніше і стосувались в тому числі диференціації покарання залежно від того чи є особа, яка вчинила незаконне збагачення службовою, чи службовою особою, яка займає відповідальне становище, чи службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, ми пропонуємо таку редакцію санкцій статті 368-5 КК України:

ч. 1...карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;

ч. 2... карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;

ч. 3... карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

Враховуючи, що ч. 2 примітки до ст. 368-5 КК України під набуттям активів визначає також набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, пропонуємо застосовувати до юридичних осіб, які набули у власність активи заходи кримінально-правового характеру, що передбачені статтею 96-6 КК України, а саме: штраф, конфіскацію майна та ліквідацію.

Пропонуємо внести зміни до статті 96-3 КК України та викласти пункт 1 частини 1 цієї статті в такій редакції: «вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених у статтях 209 і 306, частинах першій і другій статті 368-3, частинах першій і другій статті 368-4, статті 368-5, статтях 369 і 369-2 цього Кодексу».

Враховуючи, що законодавець передбачає можливість встановлення спеціального виду звільнення за корупційні кримінальні правопорушення, існує доцільність, за певних умов, запровадити до осіб, які вчинили незаконне збагачення, такий заохочувальний захід кримінально-правового впливу, як звільнення від кримінальної відповідальності. З огляду на це, пропонується ст. 368-5 КК України доповнити ч. 6 такого змісту:

«Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності добровільно передала в дохід держави активи, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».

Крім того, запровадження такого заохочувального заходу кримінально-правового впливу, як звільнення від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, дозволить вирішити такі завдання:

1) забезпечення невідворотності кримінально-правового реагування на поведінку службової особи, яка вчинила незаконне збагачення;

2) оперативно сприятиме відновленню порушених суспільних відносин, які визначають встановлений законодавством та нормативно-правовими актами порядок діяльності службових осіб щодо законності набуття активів в частині їх непідкупності та фінансування виключно у порядку, встановленому законодавством;

3) суттєво зменшить обсяг кримінальної рецесії щодо особи, яка вчинила злочин;

4) зменшення обсягу державних витрат на здійснення кримінального судочинства;

5) позитивний економічний ефект для держави, оскільки активи, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї будуть передані в дохід держави шляхом зарахування до спеціального фонду Державного бюджету України.

ВИСНОВКИ

Дослідження сучасного стану теоретичного дослідження кримінально-правової характеристики незаконного збагачення дозволило стверджувати, що переважна більшість комплексних наукових досліджень, проведених в Україні, ґрунтувалися на аналізі статті кримінально-правової норми у різних редакціях, якою було передбачено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-2 КК України), і яку Рішенням КСУ від 26.02.2019 № 1-р/2019 визнано такою, що не відповідає Конституції України та було вилучено з законодавства України про кримінальну відповідальність. Разом з тим багато теоретичних висновків науковців не втратили своєї актуальності та матимуть важливе значення для подальшого дослідження кримінально-правової норми, яка регламентує відповідальність за незаконне збагачення.

Після вжиття законодавцем заходів спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення та доповнення КК України статтею 368-5, сучасний стан кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є малодослідженим, наявні лише два дисертаційні дослідження після відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а також незначна кількість наукових статей присвячених характеристиці прийнятій кримінально-правовій забороні (стаття 368-5 КК України). Все це свідчить про відсутність і сьогодні комплексного підходу до розв'язання означеної проблеми.

Створення такого підходу є вкрай важливим, особливо зважаючи на те, що законодавець в Україні знаходиться в пошуку оптимальної моделі створення дієвого механізму притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Ми переконані, що саме вироблення професійною спільнотою, передусім науковцями, узгодженої ефективної моделі, яка б ґрунтувалася на такому комплексному підході та враховувала кращі практики іноземних держав дало б змогу законодавцю уникнути правових колізій у прийнятій статті 368-5

Кримінального кодексу України.

Дослідження історії становлення інституту кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в національному законодавстві дозволило здійснити періодизацію цього процесу на основі чого, виділено п'ять етапів: 1) ратифікація Україною Конвенції ООН проти корупції та початок розгляду питання про введення відповідальності за незаконне збагачення; 2) перша спроба імплементації відповідальності за незаконне збагачення до вітчизняної правової системи – поява у КК України статті 368-2; 3) дві нові редакції статті 368-2; 4) визнання Рішенням Конституційного Суду України статті 368-2 КК України неконституційною; 5) відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення – введення до КК України ст. 368-5.

Встановлено, що з моменту запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення і по сьогоднішній день кримінально-правова норма «незаконне збагачення» шість разів зазнавала змін, на підставі Рішення КСУ визнана неконституційною та знову відновлена у новій ст. 368-5 КК України.

Така досить значна кількість змін, яких зазнав інститут кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за свій відносно невеликий час існування свідчить про те, що суспільство і держава перебуває у пошуку оптимальної та ефективної моделі притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Дослідження зарубіжного досвіду криміналізації незаконного збагачення дозволило встановити, що на сьогоднішній день положення, якими встановлюється відповідальність за це діяння, діють у більшості регіонів світу за винятком держав Північної Америки та більшості держав Західної Європи.

Серед іноземних держав, що ратифікували Конвенцію ООН про боротьбу з корупцією і запровадили у своєму законодавстві відповідальність безпосередньо за незаконне збагачення є країни як з високим, так і з низьким рівнем корупції, що свідчить про те, що відповідальність за незаконне збагачення розглядається як

механізм, що здатен доповнити існуючу систему запобігання корупції, якою б ефективною вона не була.

Законодавець визначивши в диспозиції статті 368-5 КК України незаконне збагачення як 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, обрав один з варіантів, що існує в іноземних державах. Водночас, відмінною рисою є те, що в нашій державі незаконним збагаченням є саме «набуття» цих активів – термін, що не використовується в жодній із іноземних держав.

Держави, які вирішили не встановлювати окремо кримінальну відповідальність за незаконне збагачення державних посадових осіб, водночас використовують терміни «безпідставне збагачення» або «неправомірне збагачення» у своєму податковому та цивільному законодавстві.

Дослідження складу злочину «незаконне збагачення» у КК України, розгляд об'єктивних та суб'єктивних ознак складу злочину «незаконне збагачення» дозволило дійти таких висновків і сформулювати пропозиції.

Під загальним об'єктом незаконного збагачення варто розуміти сукупність усіх суспільних відносин, поставлених під охорону законодавства України про кримінальну відповідальність.

Під родовим об'єктом незаконного збагачення вважати суспільні відносини, що забезпечують регламентовану законодавством та іншими нормативно-правовими актами діяльність осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Під основним безпосереднім об'єктом незаконного збагачення варто розуміти суспільні відносини, які визначають встановлений законодавством та нормативно-правовими актами порядок діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування в частині їх

непідкупності щодо законності набуття активів та фінансування виключно у порядку, встановленому законодавством.

Під додатковим безпосереднім об'єктом незаконного збагачення варто розуміти рівень суспільної довіри до органів державної влади та місцевого самоврядування.

Діяння, як основна ознака об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України, характеризується діями у таких формах:

- набуття активів у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування;

- набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

За конструкцією об'єктивної сторони кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368-5 КК України є з формальним складом і є закінченим з моменту набуття активів у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або можливість суб'єкта злочину прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними, або набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою.

Дослідженням обґрунтовано, що текст ч. 3 примітки до ст. 368-5 КК України, необхідно викласти в такій редакції:

«Під активами слід розуміти кошти, у тому числі електронні гроші, інше майно, майнові та немайнові права, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, а також роботи і послуги, надані службовій особі».

Принциповим аспектом нової редакції диспозиції ст. 368-5 КК України є визначення незаконного збагачення саме як різниці у вартості між набутими активами та доходами особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Обґрунтовано, що закріплене в диспозиції ч. 1 ст. 368-5 КК України словосполучення «законні доходи», з огляду на відсутність його чіткого визначення, може довільно тлумачитися представниками правозастосовчих органів, тому потребує заміни терміном «доходи».

Доходи членів сім'ї суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України, також потребують закріплення у її диспозиції і, відповідно, враховуватись під час кримінально-правової оцінки цього діяння.

Вважаємо, що використання при визначенні суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368-5 КК України, терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» не тільки не сприяло вдосконаленню кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, а й створило перешкоди у остаточному розумінні того хто саме може вважатись суб'єктом відповідного злочину, порушує принцип єдності юридичної термінології, яка застосовується для статей цього ж розділу КК України та в кінцевому рахунку створює перешкоди для органів досудового розслідування під час визначення суб'єкта злочину незаконного збагачення. В роботі обстоюється позиція, що зазначений термін повинен бути замінений на термін «службова особа».

З метою усунення неузгодженостей між Загальною та Особливою частиною КК України, зокрема, між положеннями ст.ст. 18 та 368-5, а також між ст.ст. 364, 368 та 368-5 пропонуємо у ст. 368-5 КК України суб'єктів злочину визначити так:

у ч. 1 суб'єкт – службова особа (визначення, яке надане у ч. 1 примітки до статті 364 КК України);

у ч. 2 суб'єкт – службова особа, яка займає відповідальне становище (визначення, яке надане у ч. 1 примітки до статті 368 КК України);

у ч. 3 – службова особа, яка займає особливо відповідальне становище (визначення, яке надане у ч. 1 примітки до статті 368 КК України).

З метою приведення диспозиції ст. 368-5 у відповідність до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, а також забезпечення принципу правової визначеності вважаємо, що у ст. 368-5 незаконне збагачення повинне визначатись саме як «умисне збільшення активів».

У запропонованих змінах до статті 368-5 КК України вина набуватиме особливого значення з огляду на самого суб'єкта злочину, оскільки, як пропонується, відповідальність має бути диференційованою відповідно до посади, яку займає або займала службова особа.

Зміст фактичної сторони, як інтелектуальної ознаки умислу незаконного збагачення, полягає в тому, що особа, яка незаконно збагачується, розуміє, що: 1) її дії є протиправними; 2) для їх вчинення вона використовує надані їй повноваження або ж ні.

Суб'єктивна сторона незаконного збагачення – це внутрішня психічна діяльність особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що відображає її свідоме і вольове ставлення до діяння, яке вона вчиняє.

Суб'єктивна сторона досліджуваного правопорушення характеризується виною у формі умислу. Інтелектуальна ознака умислу полягає у тому що, особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування усвідомлює суспільну небезпечність своїх дій, а саме, що вона набуває у власність активи, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи. Вольова ознака полягає у тому, що суб'єкт злочину бажає вчинити такі дії. Мотив та мета є факультативними ознаками цього злочину.

Пропонуємо диспозицію статті 368-5 КК України викласти у такій редакції: *«Умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення службовою особою активів, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».*

На основі аналізу вироблено характерні ознаки, які будуть використовуватися для відмежування «незаконного збагачення» від злочинів із суміжними складами.

Обґрунтовано, що суспільно небезпечне діяння є головним критерієм розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 та 368-5 КК України.

Також цей критерій буде зберігати своє значення і за умов запровадження запропонованих нами змін стосовно диференціації відповідальності залежно від статусу службової особи, що також спостерігається на даний момент у ст. 368.

В свою чергу, при порівнянні складів злочинів, передбачених статтями 209 та 368-5 КК України одним з важливих критеріїв розмежування є предмет злочину.

Варто звернути увагу на той важливий момент, що порівнювані ст.ст. 209, 368 та 368-5 КК України є складовими частинами системи запобігання корупції. Більше того, у своєму взаємозв'язку вони утворюють окрему підсистему, яка покликана унеможливити уникнення від відповідальності корупціонерів за схожі діяння.

Таким чином, доповнюючи одна одну зазначені статті КК України створюють важливий механізм притягнення до відповідальності осіб, які вчинили корупційні злочини, що, у свою чергу, є важливою гарантією функціонування органів державної влади і органів місцевого самоврядування в Україні.

Дослідження заходів кримінально-правового впливу за незаконне збагачення в правовій системі України, зокрема санкцій за незаконне збагачення у національному законодавстві на предмет відповідності сучасному стану запобігання корупційним злочинам та питання можливості запровадження

інституту звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин дозволило дійти таких висновків і сформулювати пропозиції.

На підставі проведеного вище дослідження з урахуванням змін, які нами пропонувались раніше і стосувались в тому числі диференціації покарання залежно від того чи є особа, яка вчинила незаконне збагачення службовою, чи службовою особою, яка займає відповідальне становище, чи службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, ми пропонуємо таку редакцію санкцій статті 368-5 КК України:

ч. 1...карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;

ч. 2... карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;

ч. 3... карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

Враховуючи, що ч. 2 примітки до ст. 368-5 КК України під набуттям активів визначає також набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснено за дорученням особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, пропонуємо застосовувати до юридичних осіб, які набули у власність активи заходи кримінально-правового характеру, що передбачені статтею 96-6 КК України, а саме: штраф, конфіскацію майна та ліквідацію.

Пропонуємо внести зміни до статті 96-3 КК України та викласти пункт 1 частини 1 цієї статті в такій редакції: *«вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень,*

передбачених у статтях 209 і 306, частинах першій і другій статті 368-3, частинах першій і другій ст. 368-4, ст. 368-5, ст.ст. 369 і 369-2 цього Кодексу».

Існує доцільність, за певних умов, запровадити до осіб, які його вчинили, такий заохочувальний захід кримінально-правового впливу, як звільнення від кримінальної відповідальності. З огляду на це, пропонується ст. 368-5 КК України доповнити ч. 6 такого змісту:

«Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності добровільно передала в дохід держави активи, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Andrew Tettenborn. Law of Restitution In England & Ireland. URL: https://books.google.com.ua/books?id=LfR4ZqlVocIC&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (дата звернення: 18.11.2024).
- 2.Codigo Penal Portugues. URL: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675> (дата звернення: 18.11.2024).
3. Criminal Law of the People's Republic of China. URL: <http://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm> (дата звернення: 18.11.2024).
4. Criminal Law of the Republic of Latvia. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8266/file/Latvia_CC_1998_am2018_en.pdf (дата звернення: 18.11.2024).
5. Das belgische Strafgesetzbuch. URL: https://books.google.com.ua/books/about/Das_belgische_Strafgesetzbuch.html?id=0S8jAAAAQBAJ&redir_esc=y (дата звернення: 18.11.2024).
6. David A Juentgen. Unjustified enrichment in New Zealand and German law. URL: <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/2002/12.html> (дата звернення: 18.11.2024).
7. Excerpts from Danish Legislation / Criminal Law Denmark. URL: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/37472519.pdf> (дата звернення: 18.11.2024).
8. Introducing illicit enrichment in the UK: a proposal by Transparency International UK. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9b5b6eca-26a2-4362-90c8-286712eefe43> (дата звернення: 18.11.2024).
9. Laurynas Pakstaitis. Neteisetas praturtejimas kaip nusikalstama veika: istakos, kriminalizavimo problema, taikymas, perspektyvos // Jurisprudence a. 2013, 20

(1): С. 319-341. URL: https://www.mruni.eu/upload/iblock/ef9/018_Pakstaitis.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

10. Ley № 2.523/04. Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias. URL: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo11.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

11. Margaret K. Lewis. Presuming Innocence, or Corruption, in China. URL: <https://law.shu.edu/faculty/full-time/margaret-lewis.cfm> (дата звернення 18.11.2024).

12. Olivia Yu. Corruption in China's economic reform: A review of recent observations and explanations. URL: https://www.researchgate.net/publication/225695674_Corruption_in_China's_economic_reform_A_review_of_recent_observations_and_explanations (дата звернення: 18.11.2024).

13. Prevention of Corruption (Amendment) Act, 2001. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2001/act/27/enacted/en/html> (дата звернення: 18.11.2024).

14. Principles for managing ethics in the public service. URL: https://irpa-eu-images.b-cdn.net/wp-content/uploads/2019/04/7.-OECD_principles-for-ethics-in-public-service1.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

15. The Swedish Penal Code. URL: <https://www.regeringen.se/49bb67/contentassets/72026f30527d40189d74aca6690a35d0/the-swedish-penal-code> (дата звернення: 18.11.2024).

16. United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 6 February 2020. URL: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (дата звернення: 18.11.2024).

17. Албул С. В., Домніцак Р. В. Розвідувальна інформація в оперативно-розшуковій діяльності Національної поліції України : матер. всеукр. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 20 жовт. 2017 р.). Дніпро, 2019. С. 10-13.

18. Аркуша Л. І. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності: характеристика, виявлення, розслідування : монографія. Одеса, 2010. 376 с.

19. Бантишев О. Ф. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації): монографія. Київ, 2004. 122 с.

20. Барчук В. Б. Діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у сфері забезпечення національної безпеки України : монографія. Київ, 2009. 153 с.

21. Батан Ю.Д. До питання про місце превенції у правовому регулюванні. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2017. № 10. С. 25-31.

22. Батан Ю. Д., Гуменюк А. С. Інститут звільнення від кримінальної відповідальності: перспективи вдосконалення. Журнал східноєвропейського права. 2020. № 73. С. 23-31.

23. Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності : монографія. Київ : «Центр навчальної літератури», 2004. 296 с.

24. Безгинський Б.Г. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Київ, 2022. 195 с.

25. Белогриц-Котляревский Л. С. Очерки русского уголовного права. Общая и особенная часть. Київ-Харків, 1896. 671 с.

26. Брич Л. П. Роль складу злочину у розмежуванні в кримінальному праві : Вісник Академії адвокатури України, 2009. № 1(14) С. 267-269.

27. Брич Л. П. Теорія розмежування складів злочинів : монографія. Львів, 2013. 712 с.

28. Бурдін В. М. Санкції окремих статей Особливої частини КК України потребують змін. Життя і право. 2004. № 4. С. 48.

29. Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ, 2005. 1728 с.

30. Висновок *amicus curiae* наданий Делегацією Європейського Союзу в Україні та Консультативною місією Європейського Союзу в Україні згідно з частиною 3 статті Закону України «Про конституційний суд України» щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/library/konceptsiya_amicus_curiae_ukr._versiya_1.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

31. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України від 05.09.2019 на проєкт Закону України «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: 18.11.2024).

32. Виступ посла США в Україні Марі Йованович з нагоди 5-ої річниці заснування Українського кризового медіа-центру. URL: <https://ua.usembassy.gov/uk/remarks-by-ambassador-yovanovitch-on-the-occasion-of-the-5th-anniversary-of-the-ukraine-crisis-media-centers-founding/> (дата звернення: 18.11.2024).

33. Вороняк А. С. Співвідношення понять «послуга» та «роботи» в контексті розгляду судом господарських спорів. URL: <https://v1.arbitr.gov.ua/sud5004/pres-centr/publications/738270> (дата звернення: 18.11.2024).

34. Гарбазей Д. О. Незаконне збагачення як склад злочину в міжнародному праві. Юридичний науковий електронний журнал. № 2/2014. С. 122-125. URL: http://www.lsej.org.ua/2_2014/35.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

35. Гарбазей Д. О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект. Альманах міжнародного права. 2014. Випуск № 4. С. 84-94.

36. Гришук В. К. Кримінальне право України. Загальна частина : навч. посіб. для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. Київ, 2006. 568 с.

37. Гузоватий О. І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Дніпро, 2016. 273 с.

38. Гузоватий О. І. Реалізація вимог статті 20 Конвенції ООН проти корупції «Незаконне збагачення» у кримінальному законодавстві деяких європейських країн. Наук. вісн. Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ. 2012. № 3. С. 504–514.

39. Гузоватий О. І., Титаренко О. О. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в Україні та деяких зарубіжних країнах : монографія. Дніпро, 2018. 260 с.

40. Гуменюк А. С. Інститут звільнення від кримінальної відповідальності: порівняльно-правове дослідження (на прикладі права України та пострадянських і окремих європейських держав). Одеса, 2020. 33 с.

41. Гумін О., Якимова С. Соціальна зумовленість доцільності криміналізації незаконного збагачення в Україні. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». 2019. Випуск № 22. С. 185-190.

42. Денєга О. П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2015. 194 с.

43. Денєга О. П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за об'єктом. Форум права. 2015. № 3. С. 45-50.

44. Доповідь «Верховенство права» Європейської Комісія «За демократію через право» (Венеційська Комісія), схвалена на її 86-му пленарному засіданні, яке

відбулося 25-

26 березня 2011 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_AD_2011_003_rev_2011_04_04.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

45. Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики). Юридичний науковий електронний журнал. № 1/2017. С. 129-142. URL: http://lsej.org.ua/1_2017/35.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

46. Ендольцева А.В. Институт освобождения от уголовной ответственности: проблемы и пути их решения: монография. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. 231 с.

47. Зауваження Головного юридичного управління Верховної Ради України до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (реєстраційний № 1660-д) від 29.01.2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53289 (дата звернення: 18.11.2024).

48. Індекс сприйняття корупції – 2021. URL: <https://cpi.ti-ukraine.org> (дата звернення: 18.11.2024).

49. Індивідуальна податкова консультація від 25.01.2019 р. № 282/К/99-99-13-01-02-14/ПК «Щодо порядку оподаткування доходів деяких операцій» URL: <https://ips.ligazakon.net/document/ПК1952> (дата звернення: 18.11.2024).

50. Інформаційна довідка щодо держав, що підписали та ратифікували Міжамериканську конвенцію проти корупції. URL: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html> (дата звернення: 18.11.2024).

51. Кашкаров О. О. Кримінально-правова характеристика одержання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи чи організації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2012. 17 с.

52. Козак О. С. Ефективність звільнення від кримінальної відповідальності в Україні: монографія. Київ: Освіта України, 2009. 204 с.

53. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 р., ратифікована Верховною Радою України 18.10.2006 р. Відомості Верховної Ради України. 2007. № 49. С. 2048.

54. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму від 16.05.2005 р. Урядовий кур'єр. 2010. № 235.

55. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Голос України. 1996. № 128.

56. Кочеров М. В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. 262 с.

57. Кочеров М. В. Поняття службової особи як суб'єкта незаконного збагачення. Адвокат. 2012. № 9. С. 37-40.

58. Кочеров М. В. Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 368-2 Кримінального кодексу України. Часопис Академії адвокатури України. 2012. № 2 (15). С. 35-38.

59. Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав / П. П. Андрушко, І. О. Зінченко, С. Я. Лихова та ін. / заг. ред. В. П. Тихого. Харків, 2008. 344 с.

60. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник у 2 т. / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Луганськ, 2012. Т. 2. 704 с.

61. Кримінальне право України. Загальна частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. / за ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 4-те вид., переробл. і допов. Харків, 2010. 456 с.

62. Кримінальне право України. Загальна частина. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. / за ред. проф. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Київ, 2001. 480 с.

63. Кримінальне право України. Особлива частина / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко та ін. / за ред. М. І. Мельника. Київ, 2008. 712 с.

64. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25. С. 131.

65. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / відп. ред. Є. Л. Стрельцов. 8-ме вид., переробл. і доповн. Харків, 2012. 904 с.

66. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10. С. 474.

67. Кубальський В. Н. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в контексті принципу презумпції невинуватості. Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. № 3. С. 30-34.

68. Лащук Є. В. Предмет злочину в кримінальному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2005. 20 с.

69. Лінді Музіла, Мішель Моралес, Маріанне Матіас, Тамар Бергер. Хабарники. Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення як засіб протидії корупції. Серія книг «Повернення викрадених активів» (StAR). Вашингтон, округ Колумбія, Світовий банк, 2017. 122 с. URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/736961500922443516/pdf> (дата звернення: 18.11.2024).

70. Марчук А., Нестеренко О. Оцінка виконання антикорупційної стратегії: досягнення та проблеми. URL: <https://acrec.org.ua/wp-content/uploads/2017/02/nalitychne-doslidzhennya.pdf> (дата звернення: 18.11.2024).

71. Мельник М. І. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2002. 506 с.

72. Михайленко Д. Г. Генезис норми про незаконне збагачення як фактор деформації механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 8-9 жовт. 2015 р.). Харків, 2015. С. 403-408.

73. Міжамериканська конвенція проти корупції від 29.03.1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_089 (дата звернення: 18.11.2024).

74. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. Київ, 2006. 704 с.

75. Навроцький В. О. Чи є експерт службовою особою? Життя і право. Пробний номер. С. 19-21.

76. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Грищук та ін. / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 9-те вид., перероб. і допов. Київ, 2012. 1316 с.

77. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Грищук, А. В. Савченко та ін. / за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. Київ, 2016. 1064 с.

78. Незаконне збагачення: наслідки скасування закону. URL: <http://khrpg.org/index.php?id=1551789474> (дата звернення: 18.11.2024).

79. Огляд практики Європейського суду з прав людини. Вищий антикорупційний суд. Київ, 2019. URL: <https://hcac.court.gov.ua/hcac/gromadyanam/echr/> (дата звернення: 18.11.2024).

80. Окрема думка судді Конституційного суду Головатого С.П. у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (оновлена й доповнена 11.03.2019). URL:

http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019_3.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

81. Окрема думка судді Конституційного суду Лемака В. В. у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019_5_0.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

82. Окрема думка судді Конституційного суду Первомайського О.О. у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019_4_0.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

83. Окрема думка судді Конституційного суду Сліденка І. Д. у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019_8_0.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

84. Окрема думка судді Конституційного суду Шевчука С. В. у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019_7_0.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

85. Оніщенко Н. М. Правова система і держава в Україні: монографія. Київ, 2002. 132 с.

86. Органи державної влади України: монографія / за ред. В. Ф. Погорілка. Київ, 2002. 592 с.

87. Остапчук Л.Г., Юрчишин І.Б. Актуальні питання вдосконалення заходів кримінально-правового впливу за незаконне збагачення у правовій системі України. Збірник наукових праць «Актуальні проблеми держави і права», 2024. № 104. С. 66-74.

88. Панаїд І. В. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (стаття 368-5 Кримінального кодексу України) : дис. ... д-ра філософії в галузі знань 08 "Право" : спец.: 081 – Право. Харків, 2024. - 209 с.

89. Після рішення Конституційного суду усі справи щодо незаконного збагачення закрито. URL: <https://nabu.gov.ua/novyny/pislya-rishennya-konstytuciynogo-sudu-usi-spravy-shchodo-nezakonnogo-zbagachennya-zakryto> (дата звернення: 18.11.2024).

90. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. Голос України. 2010. № 229-230.

91. Посольство США привітало Зеленського з відновленням кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. URL: <https://susplne.media/1762-posolstvo-ssa-privitalo-zelenskim-kriminalnoi-vidpovidalnosti-za-nezakonne-zbagacenna/> (дата звернення: 18.11.2024).

92. Пояснювальна записка до проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Цивільного кодексів України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні», реєстр № 2541а від 28.08.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56313 (дата звернення: 18.11.2024).

93. Пояснювальна записка до проєкту Закону «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:

http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=1031&skl=10 (дата звернення: 18.11.2024).

94. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. Голос України. 2001. № 8.

95. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 07.04.2011 р. № 3207-VI. Голос України. 2011. № 107.

96. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: Закон України від 12.02.2015 р. № 198-VIII. Голос України. 2015. № 39.

97. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів: Закон України від 31.10.2019 р. № 263-IX. Голос України. 2019. № 227.

98. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18.04.2013 р. № 221-VII. Голос України. 2013. № 90.

99. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні: Закон України від 10.11.2015 р. № 770-VIII. Голос України. 2015. № 221-222.

100. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України : Закон України від 18.04.2013 р. № 222-VII. Голос України. 2013. № 111.

101. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. Голос України. 2014. № 206.

102. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 06.12.2019 р. № 361-IX. Голос України. 2019. № 251.

103. Про затвердження Інструкції про порядок відкриття і закриття рахунків клієнтів банків та кореспондентських рахунків банків - резидентів і нерезидентів: Постанова Правління Національного банку України від 12.11.2003 р. № 492. Офіційний вісник України. 2003. № 51. Т. 1. С. 316.

104. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 14.10.2014 р. № 1698-VII. Голос України. 2014. № 206.

105. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 р. № 2135-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 22. С. 303.

106. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні : Закон України від 12.07.2001 р. № 2658-III. Голос України. 2001. № 161.

107. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні : Закон України від 05.04.2001 р. № 2346-III. Голос України. 2001. № 84.

108. Про практику застосування судами України законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності : постанова Пленуму Верховного Суду України від 23.12.2005 № 12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-05#Text> (дата звернення: 18.11.2024).

109. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-III. Голос України. 2001. № 150.

110. Проблемні питання кримінально-правового регулювання незаконного збагачення в Україні. URL: <https://niss.gov.ua/doslidzhennya/politika/problemni-pitannya-kriminalno-pravovogo-regulyuvannya-nezakonnogo> (дата звернення: 18.11.2024).

111. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Санді Таймс проти Сполученого Королівства» № 1 (The Sunday Times v. the United Kingdom № 1) від 26.04.1979 р. URL: <https://cedem.org.ua/library/sprava-sandi-tajms-proty-spoluchenogo-korolivstva-2/> (дата звернення: 18.11.2024).

112. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Солдатенко проти України» (Soldatenko v. Ukraine) від 23.10.2008 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_504#Text (дата звернення: 18.11.2024).

113. Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/504> (дата звернення: 18.11.2024).

114. Рішення Конституційного Суду України від 06.06.2019 р. № 3-р/2019 у справі за конституційними поданнями Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та 65 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 5 частини першої статті 3, абзацу третього частини третьої статті 45 Закону України «Про запобігання корупції», пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо особливостей фінансового контролю окремих категорій посадових осіб». URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/3_p_2019.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

115. Рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 р. № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019.pdf (дата звернення: 18.11.2024).

116. Рішення Конституційного Суду України від 22.09.2005 р. № 5-рп/2005 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X “Перехідні положення” Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками). Урядовий кур'єр. 2005. № 188.

117. Рішення Конституційного Суду України від 29.06.2010 р. № 17-рп/2010 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію». URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/613> (дата звернення: 18.11.2024).

118. Роз'яснення Національного агентства з питань запобігання корупції від 13.02.2020 р. № 1 «Особливості відображення відомостей про нематеріальні активи» URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2020/02/12.Osoblyvosti-vidobrazhennya-vidomostej-pro-nematerialni-aktyvu.pdf> (дата звернення: 18.11.2024).

119. Роз'яснення Національного агентства з питань запобігання корупції від 13.02.2020 р. № 1 «Щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю». URL: <https://nazk.gov.ua/uk/documents/roz-yasnennya-vid-13-02-2020-1-shhodo-zastosuvannya-okremyuh-polozhen-zakonu-ukrayiny-pro-zapobigannya-koruptsiyi-stosovno-zahodiv-finansovogo-kontrolyu/> (дата звернення: 18.11.2024).

120. Роз'яснення щодо правомірності використання в Україні віртуальної валюти/криптовалюти Bitcoin: Лист Національного банку України від 10.11.2014 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v6290500-18#Text> (дата звернення: 18.11.2024).

121. Савченко А. В., Кришевич О. В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням професійних послуг. Науково-

практичний коментар до розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України / за заг. ред. д.ю.н., проф. В. І. Шакуна. Київ, 2012. 160 с.

122. Світовий банк вітає відновлення в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. URL: <https://uatv.ua/svitovuj-bank-vitaye-pidpysannya-volodymyrom-zelensky-m-zakonu-pro-nezakonne-zbagachennya/> (дата звернення: 18.11.2024).

123. Середня зарплата в Україні. URL: <https://www.pfu.gov.ua/2165179-pokaznyk-serednoyi-zarobitnoyi-platy-za-2024-rik/> (дата звернення: 15.02.2025).

124. Скакун О. Ф. Теория государства и права: учебник. Харьков, 2000. 704 с.

125. Спеціалізовані інституції з боротьби проти корупції: огляд моделей. URL: <https://www.oecd.org/corruption/acn/39972270.pdf> (дата звернення: 18.11.2024).

126. Степаненко О. В. Принцип доцільності в кримінально-правовій доктрині та кримінальному законодавстві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2017. 249 с.

127. Струля М. И. Вопросы применения расширенной конфискации при незаконном обогащении по уголовному законодательству Республики Молдова. Вісник Асоціації кримінального права України. 2015. №2(5). С. 300-304.

128. Тацій В. Я. Объект и предмет преступления в Советском уголовном праве. Харьков, 1988. 198 с.

129. Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України : навч. Посібник. Харків, 1994. 76 с.

130. Текст проекту нового Кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> (дата звернення: 25.04.2025).

131. Узагальнення судової практики закриття кримінальних проваджень з підстав, передбачених ст. 284 та в порядку ст. ст. 285-288 КПК України. URL:

<https://pg.te.court.gov.ua/sud1913/pokazniki-diyalnosti/sdf/yz3> (дата звернення: 18.11.2024).

132. Узагальнення судової практики розгляду справ про адміністративні корупційні правопорушення та деякі злочини, передбачені розділом XVII Кримінального кодексу України. URL: <https://zib.com.ua/ua/57263.html> (дата звернення: 18.04.2024).

133. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного суду України від 09.04.2015 р. № 5-5кc15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/43832133> (дата звернення: 18.11.2024).

134. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів вищих навчальних закладів. Київ, 2004. 488 с.

135. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ, 2004. С. 105-106.

136. Хавронюк М. І. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. Київ, 2016. 496 с.

137. Хавронюк М. І. Рецензія на статтю В. Трепака «Незаконне збагачення: кого і за що каратимуть». URL: <https://pravo.org.ua/retsenziya-na-stattyu-viktora-trepa-ka-nezakonne-zbagachennya-kogo-i-za-shho-karatymut/> (дата звернення: 18.11.2024).

138. Хавронюк М. І. Спецконфіскація – покарання без вироку суду або покарання без злочину. URL: <https://racurs.ua/ua/1385-sproba-zaprovdjennya-speskonfiskaciyi.html> (дата звернення: 18.11.2024).

139. Хашев В. Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпропетровськ, 2007. 20 с.

140. Хряпінський П. В. Підстави звільнення від кримінальної відповідальності. Збірник наукових праць Національного університету Державної податкової служби України. 2014. Вип. 1 (1). С. 76-83.

141. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Голос України. 2003. № 45.

142. Цимбалюк В. І. Правова природа спеціальної конфіскації. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2014. № 2(10). С. 8-9. URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14tvipsk.pdf> (дата звернення: 18.11.2024).

143. Шмоткін О.В. Теорія держави і права: підручник. Київ, 2016. 432 с.

144. Юрчишин І. Б. Генезис кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник», 2020. № 1(30). С. 182-187.

145. Юрчишин І. Б. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення: зарубіжний досвід правової регламентації. Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник», 2020. № 6(35). С. 180-187.

146. Юрчишин І. Б. Актуальні питання вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник», 2021. № 3(38). С. 76-84.

147. Юрчишин І. Б. Історія становлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти : матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції (м. Дніпро, 13 березня 2020 р.). Дніпро, 2020. С. 372-375.

148. Юрчишин І. Б. Актуальні питання вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Протидія злочинності і корупції: міжнародні стандарти та досвід України : збірник тез міжнародної науково-практичної конференції в рамках V Харківського міжнародного форуму (м. Харків, 22 вересня 2021 р.). Харків, 2021. С. 55-61.

149. Юрчишин І. Б. Характеристика суб'єкта складу злочину «незаконне збагачення». Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі : матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 09-10 грудня 2021 р.). Київ, 2021, С. 406-409.

150. Ясінь І.М. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Львів, 2017. 236 с.

151. Ясінь І.М. Родовий та безпосередній об'єкти складу незаконного збагачення (ст. 368-2 КК України). Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 3. С. 369-379.

152. Ященко А.М. Спеціальна конфіскація: деякі аспекти застосування. Часопис Київського університету права. 2013. № 4. С. 291.

ДОДАТКИ

ДОДАТОК А

Список публікацій здобувача за темою дисертації та відомості про апробацію результатів дисертації

А1. СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Юрчишин І. Б. Генезис кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. *Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник»*, 2020. № 1(30). С. 182-187.

2. Юрчишин І. Б. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення: зарубіжний досвід правової регламентації. *Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник»*, 2020. № 6(35). С. 180-187.

3. Юрчишин І. Б. Актуальні питання вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник»*, 2021. № 3(38). С. 76-84.

4. Остапчук Л.Г., Юрчишин І.Б. Актуальні питання вдосконалення заходів кримінально-правового впливу за незаконне збагачення у правовій системі України. Збірник наукових праць «Актуальні проблеми держави і права», 2024. № 104. С. 66-74.

A2. ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти: IV Міжнародна науково-практична конференція (Дніпро, 13 березня 2020 р.). Форма участі – заочна.

2. Протидія злочинності і корупції: міжнародні стандарти та досвід України: міжнародна науково-практична конференція в рамках V Харківського міжнародного форуму (Харків, 22 вересня 2021 р.). Форма участі – очна.

3. Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі: IV Міжнародна науково-практична конференція (Київ, 09-10 грудня 2021 р.). Форма участі – заочна.

ДОДАТОК Б

Узагальнені результати вибіркового опитування детективів Національного антикорупційного бюро України стосовно злочину, передбаченого статтею 368-5 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення»

Мета опитування: виявлення проблем, що виникають у детективів НАБ України під час здійснення досудового розслідування злочину «незаконне збагачення», а також проблем пов'язаних із кримінально-правовою кваліфікацією цього кримінального правопорушення.

Респонденти: детективи Національного антикорупційного бюро України у кількості 174 осіб, які здійснюють досудове розслідування.

Відомості про респондентів:

Загальний стаж роботи:

у сфері права:

- більше 10 років 96 осіб (55,2% з усіх опитаних);
- більше 5 років 75 осіб (43,1 % з усіх опитаних);
- до 5 років 3 особи (1,7 % з усіх опитаних).

на займаній посаді:

- більше 5 років 57 осіб (32,7 % з усіх опитаних);
- більше 3 років 102 особи (58,6 % з усіх опитаних);
- до 3 років 15 осіб (8,7% з усіх опитаних).

Питання, що містились в анкеті

1. Чи брали Ви особисто участь у досудовому розслідуванні злочину, передбаченого статтею 368-5 КК України «незаконне збагачення»?

1. Так – 52,8 % (92 особи з опитаних);
2. Ні – 47,2 % (82 особи з опитаних).

2. Чи вважаєте Ви злочин «незаконне збагачення» корупційним, і чи необхідно, відповідно, його визначити у переліку корупційних злочинів, що закріплений у примітці до статті 45 КК України?

1. Так – 94,3 % (164 особи з опитаних);
2. Ні – 5,7 % (10 осіб з опитаних).

3. По шкалі від 1 до 10 оцініть (де 1 – неефективне, а 10 – 100% ефективне) наскільки ефективним з точки зору протидії корупції є встановлення окремої кримінальної відповідальності за незаконне збагачення?

1. Від 7 до 10 – 71,2 % (124 особи з опитаних);
2. Від 4 до 6 – 21,2 % (37 осіб з опитаних);
3. Від 1 до 3- 7,7 % (13 осіб з опитаних).

4. По шкалі від 1 до 10 оцініть (де 1 – неефективне, а 10 – 100% ефективне) наскільки дієвою з точки зору ефективності досудового розслідування є юридична конструкція статті 368-5 Кримінального кодексу України, що передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення?

1. Від 7 до 10 – 11,5 % (20 осіб з опитаних);
2. Від 4 до 6 – 23,1 % (40 осіб з опитаних);

3. Від 1 до 3 – 65,4 % (114 осіб з опитаних).

5. Формулювання яких елементів складу злочину «незаконне збагачення» у статті 368-5 КК України спричиняє найбільше труднощів під час досудового розслідування цього злочину?

1. Суб'єкта – 6,1 % (11 осіб з опитаних);

2. Суб'єктивної сторони – 52,4 % (91 особа з опитаних);

3. Об'єкта – 1,9 % (3 особи з опитаних);

4. Об'єктивної сторони – 39,6 % (69 осіб з опитаних).

6. Яке формулювання суб'єкта злочину «незаконне збагачення» є найбільш правильним з огляду на ефективність притягнення відповідних осіб до кримінальної відповідальності за цей злочин:

1. Особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (у чинній статті 368-5 КК України) – 30,8 % (54 особи з опитаних);

2. Службова особа – 67,3 % (117 осіб з опитаних);

3. Посадова особа – 1,9 % (3 особи з опитаних).

7. Чи потрібна на Вашу думку, диференціація суб'єкта злочину «незаконне збагачення» згідно з рівнем відповідальності становища, яке він займає?

1. Так – 73,6 % (128 осіб з опитаних);

2. Ні – 26,4 % (46 осіб з опитаних).

8. Чи доцільним, на Вашу думку, є внесення змін до статті 368-5 КК України, внаслідок яких суб'єктом злочину визнати не лише відповідних осіб у період здійснення ними діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, а також протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за цей злочин?

1. Так – 77,4 % (135 осіб з опитаних);
2. Ні – 22,6 % (39 осіб з опитаних).

9. Незаконне збагачення може відбуватися внаслідок:

1. 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 шляхом використання суб'єктом злочину своїх службових повноважень – 19,2 % (33 особи з опитаних);

2. 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 шляхом використання суб'єктом злочину своїх службових повноважень, а також поза їх використанням, внаслідок порушення встановлених для його посади обмежень і заборон – 59,6 % (104 особи з опитаних);

3. Інших дій, в тому числі законних, але спрямованих на незаконне збагачення – 19,2 % (34 особи з опитаних);

4. Власний варіант – 1,9 % (3 особи з опитаних).

10. Чи вважаєте Ви достатньо визначеним у законодавстві, з огляду на його використання в досудовому розслідуванні, словосполучення «законні доходи» в його розумінні статтею 368-5 КК України?

1. Так – 32,7 % (57 осіб з опитаних);
2. Ні – 67,3 % (117 осіб з опитаних).

11. Чи виникають складнощі під час досудового розслідування у зв'язку з відсутністю у диспозиції статті 368-5 КК України періоду, за який необхідно оцінювати доходи відповідної особи для встановлення у її діяннях складу злочину у вигляді незаконного збагачення?

1. Так – 81,1 % (141 особа з опитаних);
2. Ні – 18,9 % (33 особи з опитаних).

12. Чи повинні доходи членів сім'ї, особи, зазначеної у статті 368-5 КК України також визначатись у її диспозиції і, відповідно, враховуватись під час оцінки відповідного діяння?

1. Так – 79,2 % (138 осіб з опитаних);
2. Ні – 20,8 % (36 осіб з опитаних).

13. Розмежування зі складами яких злочинів, відповідальність за які передбачена КК України, викликає найбільше труднощів під час досудового розслідування незаконного збагачення?

1. ст. 368 – 40,6 % (70 осіб з опитаних);
2. ст. 369-2 – 3,3 % (7 осіб з опитаних);
3. ст. 354 – 0,8 % (1 особа з опитаних);
4. ст. 191 – 2,2 % (4 особи з опитаних);
5. ст. 209 – 53,1 % (92 особи з опитаних).

14. Чи потребують перегляду вид і розмір покарань, передбачених статтею 368-5 КК України?

1. Так – 67,9 % (118 осіб з опитаних);
2. Ні – 32,1 % (56 осіб з опитаних).

15. Чи є доцільним доповнення санкції статті 368-5 КК України таким видом покарання як конфіскація майна?

1. Так – 90,6 % (158 осіб з опитаних);
2. Ні – 9,4 % (16 осіб з опитаних).

ДОДАТОК В

Порівняльна таблиця запропонованих змін до
Кримінального кодексу України

Чинна редакція	Пропонована редакція
<p>Стаття 368-5. Незаконне збагачення</p> <p>1. 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, -</p> <p>карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.</p>	<p>Стаття 368-5. Умисне незаконне збагачення</p> <p>1. Значне збільшення службовою особою активів, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї, -</p> <p>карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;</p> <p>2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, -</p> <p>карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна;</p> <p>3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, -</p> <p>карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.</p> <p>4. Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної</p>

	<p>відповідальності добровільно передала в дохід держави активи, вартість яких більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи або доходи членів її сім'ї</p>
<p>Стаття 96-3. Підстави для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру</p> <p>1. Підставами для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру є:</p> <p>1) вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених у статтях 209 і 306, частинах першій і другій статті 368-3, частинах першій і другій статті 368-4, статтях 369 і 369-2 цього Кодексу</p>	<p>Стаття 96-3. Підстави для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру</p> <p>1. Підставами для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру є:</p> <p>1) вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених у статтях 209 і 306, частинах першій і другій статті 368-3, частинах першій і другій статті 368-4, статті 368-5, статтях 369 і 369-2 цього Кодексу</p>



НАЦІОНАЛЬНЕ АНТИКОРУПЦІЙНЕ БЮРО УКРАЇНИ

Підрозділ детективів організаційно-аналітичного забезпечення та стратегічного розвитку

вул. Дениса Монастирського, 3, м. Київ, 03035, тел.: (044) 246-33-27

<http://www.nabu.gov.ua>; e-mail: document@nabu.gov.ua

Код ЄДРПОУ 39751280

№ _____

На № _____ від _____

ЗАТВЕРДЖУЮ

Керівник підрозділу детективів

Організаційно-аналітичного забезпечення
та стратегічного розвитку

Національного антикорупційного
бюро України

Свген ТОКАРЬ

« 01 » травня 2025 року

АКТ

впровадження результатів дисертаційного дослідження аспіранта кафедри кримінально-виконавчого та кримінального права Навчально-наукового інституту права, правоохоронної діяльності та психології Пенітенціарної академії України ЮРЧИШИНА Івана Богдановича на тему: «Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення» у практичну діяльність детективів Національного антикорупційного бюро України

Комісія у складі: заступника керівника підрозділу детективів Організаційно-аналітичного забезпечення та стратегічного розвитку Національного антикорупційного бюро України ГРУДЗУРА Олега Михайловича, керівника П'ятого підрозділу детективів Першого Головного підрозділу детективів КОВАЛЕВСЬКОГО Дмитра Юрійовича, керівника П'ятого підрозділу детективів Другого Головного підрозділу детективів БРАВЕРМАНА Станіслава Олександровича, склала цей акт про те, що результати дисертаційного дослідження ЮРЧИШИНА Івана Богдановича на тему: «Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення» на здобуття наукового ступеня доктора філософії з галузі знань 08 Право за спеціальністю 081 Право мають важливе теоретичне і практичне значення та використовуються детективами Національного антикорупційного бюро України під час здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень, підслідних Національному антикорупційному бюро України, зокрема

кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368-5 Кримінального кодексу України.

Надана у дисертаційному дослідження кримінальна-правова характеристика складу злочину, передбаченого статтею 368-5 Кримінального кодексу України сприяє підвищенню ефективності досудового розслідування цього кримінального правопорушення детективами Національного антикорупційного бюро України.

Розкриті у дисертаційному дослідження особливості кваліфікації складу злочину «незаконне збагачення» та його відмежування від злочинів, що мають суміжний склад знайшли своє безпосереднє втілення у практичній діяльності.

Члени комісії дійшли спільного висновку, що представлені ЮРЧИШИНИМ Іваном Богдановичем матеріали дисертаційного дослідження на тему: «Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення» мають важливе теоретичне і практичне значення та використовуються детективами Національного антикорупційного бюро України під час здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень, підслідних Національному антикорупційному бюро України, зокрема кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368-5 Кримінального кодексу України.

Члени комісії:

Заступник керівника підрозділу детективів
Організаційно-аналітичного забезпечення
та стратегічного розвитку
Національного антикорупційного бюро України


Олег ГРУДЗУР

Керівник П'ятого підрозділу детективів
Першого Головного підрозділу детективів
Національного антикорупційного бюро України


Дмитро КОВАЛЕВСЬКИЙ

Керівник П'ятого підрозділу детективів
Другого Головного підрозділу детективів
Національного антикорупційного бюро України


Станіслав БРАВЕРМАН

ЗАТВЕРДЖУЮ

Перший проректор (з навчальної роботи)
Національної академії Служби безпеки України
доктор педагогічних наук, кандидат юридичних
наук, професор
полковник

Володимир АРТЕМОВ
«25» жовтня 2021 року

АКТ

про впровадження результатів дисертаційного дослідження
аспіранта відділу аспірантури і докторантури Національної академії Служби
безпеки України Юрчишина Івана Богдановича у навчальний процес
Національної академії Служби безпеки України

Комісія у складі заступника директора Навчально-наукового гуманітарного інституту (з навчальної та наукової роботи) НА СБ України д.ю.н., доцента полковника Ткачука Т.Ю. (голова комісії), в.о. завідувача кафедри кримінального права та кримінології Навчально-наукового гуманітарного інституту НА СБ України к.ю.н., доцента Палія М.В., доцента кафедри кримінального права та кримінології Навчально-наукового гуманітарного інституту НА СБ України к.ю.н., старшого наукового співробітника Шлапаченка В.М. (члени комісії), склала цей акт з приводу впровадження результатів дисертаційного дослідження Юрчишина І.Б. на тему: «Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення», на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 Право у навчальний процес Національної академії Служби безпеки України.

Цим актом комісія засвідчує, що результати дисертаційного дослідження Юрчишина І.Б. щодо кримінально-правової характеристики незаконного збагачення, а саме особливостей кваліфікації складу злочину «незаконне збагачення» та його розмежування зі складами злочинів, що мають з ним спільні ознаки використані для підготовки лекційних занять з навчальної дисципліни «Кримінальне право» (тема лекції: «Загальна характеристика кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», реєстр. № 22/2472).

Таким чином, результати дисертаційного дослідження Юрчишина І.Б. на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 Право на тему: «Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення», впроваджено в освітній процес Національної академії Служби безпеки України

та використовуються при проведенні занять з навчальної дисципліни «Кримінальне право».

Голова комісії:

Заступник директора Навчально-наукового
гуманітарного інституту
Національної академії СБ України
кандидат юридичних наук, доцент
полковник

«25» 10 2021 року


Тарас ТКАЧУК

Члени комісії:

В.о. завідувача кафедри кримінального права
та кримінології Навчально-наукового гуманітарного
інституту Національної академії СБ України
кандидат юридичних наук, доцент

«25» 10 2021 року


Максим ПАЛІЙ

Доцент кафедри кримінального права
та кримінології Навчально-наукового гуманітарного
інституту Національної академії СБ України
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник

«25» 10 2021 року


Володимир ШЛАПАЧЕНКО