



Михайло Кочеров

«IBC LEGAL SERVICES»,
керуючий партнер, к.ю.н.

Тема, яку я хочу розглянути, вже багато років є предметом обговорення не тільки юристів, але й політиків, ми чуємо про неї з екранів телевізорів, читаємо про неї в газетах. Ця тема – незаконне збагачення. Чому ж стільки запитань викликає ця тема? Тому що корупція є хворобою нашого суспільства та більш 10 років ми витратили на розробку ідеальної диспозиції для статті «незаконного збагачення» і врешті-решт знову опинилися на початку шляху, проте на цей раз з багажем досвіду і знань.

Незважаючи на те, що на сьогоднішній день відповідальності за незаконне збагачення в Кримінальному кодексі немає, але вона була там ще вчора і, безперечно, повинна з'явитися «вже завтра». Тому, для формування комплексного розуміння природи і проблематики впровадження такого виду злочину, як незаконне збагачення, ми розглянемо попередні спроби імплементації в українське законодавство, причини визнання Конституційним Судом

НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ: НОВІ ПЕРСПЕКТИВИ У БОРОТБІ З КОРУПЦІЄЮ

України неконституційною статті Кримінального кодексу України і перспективи подальшого повторного впровадження.

Отже, 26 лютого 2019 року Рішенням Конституційного суду України «У справі № 1-135/2018 (5846/17) за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України» стаття 368-2 Кримінального кодексу України була визнана неконституційною, ця стаття втратила чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України зазначеного Рішення. Якщо розглядати це Рішення з точки зору його значущості у боротьбі з корупцією, треба погодитися, що Рішення Конституційного суду України є знаковою подією у кримінальному праві нашої держави.

Для того, щоб найбільш повно зрозуміти що сталося, треба зробити екскурс в історію запровадження відповідальності за незаконне збагачення.

Насамперед зауважу, що основним гарантом закріпленої за громадянами широкої системи прав і свобод виступає держава Україна, яка у свою чергу вимагає неухильного дотримання законності, насамперед від службових осіб державних установ та організацій. На виконання зазначених завдань вітчизняний законодавець ратифікував ряд міжнародних документів, серед яких чільне місце відведено:

- Конвенції ООН проти корупції,
- Конвенції Ради Європи про кримінальну відповідальність за корупцією,

• Конвенції Ради Європи про цивільно-правову відповідальність за корупцією.

Саме положення вказаних документів наша держава імplementувала у національне законодавство.

Всі, хто приймав участь у імплементації, а це не тільки депутатський корпус, а і науковці, практичні працівники правоохоронних органів, – всі розраховували на те, що імplementування буде здатне істотно послабити корупційну складову в Україні, переконати посадовців і суспільство у дієвості принципу верховенства права, підвищити рівень довіри громадян до інститутів влади.

Така імплементація була не просто політичним кроком в напрямі підписання Угоди про асоціацію з ЄС, або інструментом одержання кредитів в МВФ. Справа полягала в тому, що за даними відомих світових рейтингів, наша держава входила до числа лідерів серед країн з найвищим рівнем хабарництва, корупції у політиці. Наведу цифри: за індексом сприйняття корупції Україна у 2011 р. мала 2,4 із 10; за індексом свободи від корупції – 26 із 100 %; за індексом економічної свободи Україна перемістилась зі 112-го на 164-те місце. Ситуація вимагала від держави подолання корупційних проявів і створення ефективної національної системи правосуддя.

У свій час імплементація зайняла чимало часу, і судячи по Рішенню Конституційного Суду України, нас знову чекає довгий процес у пошуку ідеальної диспозиції кримінальної норми.

Про що ж йдеться у міжнародних актах, які Україна наважилася імplementувати? Відповідно до по-

ложень ст. 20 Конвенції ООН проти корупції під незаконним збагаченням слід розуміти значне збільшення активів публічної посадової особи, які перевищують її законні прибутки та які вона не може розумним чином обґрунтувати

Схожий підхід до визначення поняття незаконного збагачення було застосовано і розробниками проектів законів щодо відповідальності за корупційні правопорушення.

Однак, слід відразу зазначити, що наведеній статті Конвенції ООН прямо сказано, що можливість визнання діяння злочином може мати місце за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи. Саме таке застереження і стало підставою для початку процесу наддоопрацюванням, в якому приймали участь науковці майже всіх провідних юридичних ВУЗів країни, а також Головне науково-експертне управління ВРУ. Основним тезисом такої роботи було «неможливість «механічного» перенесення до вітчизняного законодавства визначення незаконного збагачення, наданого Конвенцією».

Як і в Рішенні КС 2019 року, ще десять років тому науковці посилалися на те, що зазначена норма суперечить положенням ч. 2 ст. 62 Конституції України. Законопроект неодноразово повертався на доопрацювання, та нарешті Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 368-1 КК, ч. 1 якої мала такий зміст: «1. Одержання службовою особою неправомірної вигоди або передача нею такої вигоди її близьким родичам (незаконне збагачення). Це сталося у червні 2009 р.

Як впливає із редакції норми, під час її розробки законодавець не взяв до уваги рекомендації Конвен-

ції ООН проти корупції та пропозиції держав-учасниць. Зауважимо, що група міжнародних експертів під час проведення у нашій державі другого раунду моніторингу розробки антикорупційних реформ і реалізації рекомендацій, отриманих у рамках Стамбульського плану дій, зазначала, що Україна відповідно до рекомендації Конвенції ООН проти корупції ввела поняття злочину незаконного збагачення в антикорупційний пакет, забезпечивши при цьому потенційно дуже ефективний засіб для подолання високого рівня корупції через кримінальне право. Однак, на думку експертів, запропоноване формулювання цього злочину не відповідає визначенню Конвенції ООН проти корупції і навіряд чи може бути реалізовано на практиці. Також негативно оцінювало запропоновану редакцію статті й Головне юридичне управління ВРУ.

Що цікаво, ще тоді у своєму висновку до зазначеного законопроекту, не погоджуючись із редакцією ч. 1 ст. 368-1 КК, Головне юридичне управління зазначило, що передбачений проектом опис складу злочину фактично покладає на особу, яка підозрюється у його вчиненні, обов'язок доводити законність одержання нею певних коштів, тобто свою невинуватість, а отже, у такій редакції стаття суперечить положенню ч. 2 ст. 62 Конституції України, згідно з яким «ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину». Те саме, ми зараз бачимо в Рішенні КСУ 2019 року.

Робота по удосконаленню продовжувалася, з'являлися нові законопроекти, які в диспозиції статті містили посилання та те, що незаконне збагачення повинно мати критерії його відмежування від одержання хабара, а також критерії розмірів такого збагачення. Проте, довгий час, жоден із них не

отримав схвальних відгуків експертних управлінь законодавчого органу держави.

В результаті напрацювань, в квітні 2011 р. був прийнятий Закон, яким Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 368-2 «Незаконне збагачення». Згідно диспозиції статті, під «незаконним збагаченням» слід було розуміти одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва. Але, немає нічого ідеального. Впродовж восьми років стаття була змінена ще п'ять разів. В результаті таких змін під терміном «незаконним збагаченням» слід було розуміти 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. Тобто:

- були деталізовані суб'єкти злочину,
- розширене коло осіб, яким могли бути передані активи,
- одержання повинно було породжувати тільки відносно власності, а не володіння чи користування,
- запроваджувався обов'язок доказування невинуватості.

На мій погляд, саме запровадження обов'язку доказування невинуватості і зіграло вирішальну роль під час прийняття КСУ рішення в 2019 році.

Що можна зараз констатувати? Лише одне – законодавець, передбачаючи кримінальну відповідальність за незаконне збагачення належним чином не розкрив об'єктивних і суб'єктивних ознак цього злочину та не врахував положенню

ч. 2 ст. 62 Конституції України. Така помилка викликала спочатку у наукових, а потім і депутатських колах сумніви з приводу конституційності положень КК України. Зверталась увага, що запроваджене визначення призводить, по суті, до відродження на практиці об'єктивного ставлення у вину, оскільки сам факт наявності таких «перевищених» активів фактично розглядається як злочин, якщо тільки особа не доведе інше (законний характер одержання).

Які наслідки для України має Рішення КСУ? Зараз не час говорити про репутаційні втрати держави, скажу лише про кримінально-правовий характер таких наслідків. На мій погляд, в першу чергу, такі наслідки слід розглядати в ракурсі відсутності норми закону, яка має превентивну функцію: немає норми – немає чого боятися. В другу чергу, рішення КСУ фактично «звільнило» від відповідальності осіб, які скоїли злочини, зараз вони вільні у декларуванні активів, які були набуті без законних підстав.

Тепер щодо майбутнього. КСУ прийняв своє рішення 26 лютого цього року. Відразу декілька суб'єктів законодавчої ініціативи виявили бажання удосконалити Кримінальний кодекс. Першим був Петро Порошенко, тоді ще Президент України, який вже 28 лютого подав законопроект згідно якого під «незаконним збагаченням» запропонував розуміти набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі без законних на те підстав за відсутності ознак зловживання владою або службовим становищем чи ознак прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, а так само переда-

ча нею таких активів будь-якій іншій особі.

Однак, згідно Висновку Головного науково-експертного управління, законопроект доцільно повернути на доопрацювання з урахуванням висловлених зауважень та пропозицій. Зокрема, Головне управління звернуло увагу, що вжите у законопроекті словосполучення «без законних на те підстав» означає, що відповідна особа, яка набула у власність ті чи інші активи, не мала визначених безпосередньо у законі (законах) підстав для цього. В свою чергу, враховуючи презумпцію правомірності набуття права власності на майно, передбачену ЦКУ, в разі формального тлумачення запропонованого в проекті формулювання стає практично неможливим довести відсутність законних підстав для набуття активів відповідною особою.

Також, Головне управління нагадало, що основна ідея криміналізації незаконного збагачення полягає в тому, щоб усунути вимогу щодо доведення зв'язку між діями державної посадової особи та вигодою, надалі отриманою за такі дії. Це означає, що брак доказів на користь обґрунтованого збільшення активів становить достатню ознаку для виникнення кримінальної відповідальності. Кримінальне переслідування за незаконне збагачення не потребує одночасного переслідування за предикатний злочин, тобто для того, щоб у межах останнього положення настала кримінальна відповідальність, потребується лише відсутність обґрунтування суттєвого збільшення активів, а не вчинення обвинуваченим інших конкретних злочинів чи правопорушень.

У той же день, 28 лютого, свій законопроект надала Юлія Тим-

ошенко, яка запропонувала запровадити відповідальність за набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, незаконність підстав набуття яких визнано у судовому порядку, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі. Як ми бачимо, головна відмінність норми полягає у тому, що незаконність підстав набуття активів повинна бути визнана у судовому порядку. Однак, вже 5 березня Тимошенко відкликала свій проект.

Вже новообраний Президент України Володимир Зеленський 03 червня 2019 року направив до Верховної Ради законопроект «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» (номер реєстрації 10358), яким було запропоновано доповнити КК України статтею 368-5 «Незаконне збагачення». Згідно частина 1 цієї статті під незаконним збагаченням слід розуміти набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більш ніж на дванадцять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її доходи.

З урахуванням всього того, про що зазначено вище, можна впевнено стверджувати, що таке визначення буде піддано критиці з боку фахівців та депутатського корпусу. Взагалі, якщо звернутися до офіційного сайту ВРУ, то можна побачити, що зареєстровано вже більш ніж 10 законопроектів, автори яких по різному бачать визна-

чення незаконного збагачення.

Що хочеться підсумувати після ознайомлення зі всіма законопроектами? Те, що Україну чекає новий етап удосконалення вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Але зараз, після Рішення КСУ, законодавці вирішуючи це питання, повинні не

забувати, що доктрина кримінального права рекомендує приділяти увагу одночасно як мінімум двом аспектам: не тільки аналізу сучасного зарубіжного законодавства, який дає змогу виявити позитивні та негативні моменти останнього, і врахувати їх у процесі подальшої правотворчості нашої держави, а і власний історичний досвід та

власну національну школу кримінального права. Якщо цього не зробити, то відсутність зваженого підходу під час прийняття закону, який буде містити визначення терміну «незаконне збагачення», призведе до чергової втрати довіри до нашої держави та влади як у українського народу так у світовій спільноті. ■

В ОДЕСІ ОБГОВОРИЛИ ПИТАННЯ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У ТОРГОВЕЛЬНОМУ МОРЕПЛАВСТВІ

В М. ОДЕСА 16 СЕРПНЯ 2019 РОКУ ПРОЙШОВ СЕМІНАР «СПОРИ У СФЕРІ ТОРГОВЕЛЬНОГО МОРЕПЛАВСТВА ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ», ЩО ОБ'ЄДНАВ ПОНАД 50 УЧАСНИКІВ. СЕРЕД НИХ: АДВОКАТИ ТА СУДДІ, НАУКОВЦІ, ЮРИСКОНСУЛЬТИ І ПОМІЧНИКИ АДВОКАТІВ. ОРГАНІЗУВАВ ЗУСТРІЧ КОМІТЕТ З МОРСЬКОГО ПРАВА АСОЦІАЦІЇ АДВОКАТІВ УКРАЇНИ.

Модераторами заходу виступили: **Голова комітету ААУ з морського права, адвокат, к.ю.н., керуючий партнер АО «Юридичне бюро Сергєєвих» Юрій Сергєєв** та **голова комітету з транспортного права Ради адвокатів Одеської області, адвокат, партнер ЮФ «Interlegal» Артур Ніцевич**.

На семінарі обговорили питання вирішення спорів між членами екіпажу суден, судновласниками та клубами взаєм-

ного страхування, проаналізували особливості розгляду спорів в арбітражі GAFTA, морський арбітраж та інші.

Серед доповідачів були: **адвокат, асоційований партнер ЮФ «Interlegal» Олексій Ремесло**; **адвокат, к.ю.н., керуючий партнер АО «Юридичне бюро Сергєєвих» Юрій Сергєєв**; **адвокат, керівник практики морського права АО «АНК», Арбітр Морської арбітражної комісії (МАК) Артем Волков**; **адвокат,**

старший юрист ЮФ «LEGRANT» Данило Христич; **заступник Генерального секретаря МАК при ТПП України Дар'яна Денисова**; **радник Голови МКАС та МАК при ТПП України Ольга Костишина** та **директор ТОВ «Юридична фірма «МБЛС» Андрій Мащенко**.

По завершенню семінару та обговоренню всіх тезисів спікерів, учасники мали нагоду прийняти участь у професійній дискусії, та зійшлися на думці щодо необхідності проведення подібних заходів. Адже вони сприяють підвищенню кваліфікації, розвитку правової культури, налагодженню комунікації, обміну думками, поглядами та досвідом у практиці морського права. ■

