

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА
СУБ'ЄКТА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ»****CRIMINAL AND LEGAL CHARACTERISTICS
OF THE UNLAWFUL ENRICHMENT CRIME COMPONENT****Ясінь І.М.,
магістр права,
старший інспектор***Львівський державний університет внутрішніх справ*

У статті обґрунтовується, що формулювання спеціального суб'єкта основного складу злочину, передбаченого ст. 368-2 Кримінального кодексу України, є наслідком недосконалої законодавчої техніки; а також те, що визначені законом ознаки спеціального суб'єкта основного складу незаконного збагачення спричиняють існування прогалин у кримінально-правовій забороні незаконного збагачення. Ліквідація цих прогалин пропонується шляхом зміни формулювання ознак суб'єкта складу злочину, передбаченого ст. 368-2 Кримінального кодексу України, з урахуванням обстановки вчинення суспільно небезпечного діяння.

Ключові слова: суб'єкт складу злочину, особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, службова особа, яка займає відповідальне становище, службова особа, яка займає особливо відповідальне становище, диференціація кримінальної відповідальності, незаконне збагачення.

В статье обосновывается, что формулировка специального субъекта основного состава преступления, предусмотренного ст. 368-2 Уголовного кодекса Украины, является следствием несовершенной законодательной техники; а также то, что определенные законом признаки специального субъекта основного состава незаконного обогащения вызывают существование пробелов в уголовно-правовом запрете незаконного обогащения. Ликвидация этих пробелов предлагается путем изменения формулировки признаков субъекта преступления, предусмотренного ст. 368-2 Уголовного кодекса Украины, с учетом обстановки совершения общественно опасного деяния.

Ключевые слова: субъект преступления, лицо, уполномоченное на выполнение функций государства или местного самоуправления, должностное лицо, которое занимает ответственное положение, должностное лицо, занимающие особо ответственное положение, дифференциация уголовной ответственности, незаконное обогащение.

The author researches the composition of the legal attributes of the unlawful enrichment crime components. Based on the analysis of legislation acts regulating the authorities of the entities authorized to the fulfillment of the functions of state or local government it was determined that these entities (functionaries), may fulfill any of the functions stipulated by p. 3 art. 18 Criminal Code of Ukraine. It is grounded that the formulation of the notion of the special subject of main crime composition provided for by art. 368-2 Criminal Code of Ukraine, is a consequence of the imperfect legal practice. The author analyses the types of entities authorized to the fulfillment of the functions of state or local government, stipulated by c. 1 p. 1 art. 3 of the Law of Ukraine "About prevention of corruption" and types of officials occupying the responsible or especially responsible position stipulated in the note 2 and 3 to art. 368 Criminal Code of Ukraine, as a result of which it was determined that such types of entities practically coincide. In connection with this, it is believed that such terminological formulation of the subject of the crime component as "Unlawful enrichment" creates the preconditions for the subjective assessment of the committed crime. It was researched that the indication to the fulfillment of the functions of state or local government by the entity, in certain cases allows avoiding the criminal liability for the act which was committed during the activity connected with the fulfillment of the functions of state or local government, but the features of which were manifested after its termination. Due to this, it is suggested to formulate the characteristics of the crime components, as stipulated in art. 368-2 Criminal Code of Ukraine with the consideration of the condition of the socially dangerous act committed.

Key words: subject of crime, entity authorized to fulfill the functions of the state or local government, official occupying the responsible position, official occupying the especially responsible position, differentiation of the criminal liability, unlawful enrichment.

Стаття 368-2 Кримінального кодексу (далі – КК) України в чинній редакції передбачає три види суб'єкта злочину й називає такими в ч. 1 «особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування»; у ч. 2 «службову особу, яка займає відповідальне становище»; у ч. 3 «службову особу, яка займає особливо відповідальне становище». Таке формулювання суб'єкта складу незаконного збагачення є законодавчою новелою, запровадженою Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12.02.2015 № 198-VIII.

До моменту внесення цих законодавчих змін суб'єкт незаконного збагачення в диспозиції досліджуваної статті позначався термінологічним зворотом «службова особа». У пояснювальній записці до відповідного Законопроекту [1] 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.

Проте цей факт не залишився поза увагою експертного середовища. Незрозумілою назвали заміну «такого усталеного кримінально-правового поняття, як «службова

особа» (визначення якого дається у ч. 4 ст. 18 та примітках 1 і 2 до ст. 364 КК України), поняттям «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» спеціалісти Головного науково-експертного управління [2] та Головного юридичного управління [3] Верховної Ради України. Мотивували це тим, що «аналіз примітки 1 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» [2].

Крім того, авторам Проекту також закидали непослідовність «у частині використання термінологічного поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», яке у частинах другій та третій статті 368-2 цього ж Кодексу вже не застосовується» [3].

Проте, незважаючи на наведену критику, аналізовані законопроектні пропозиції стали чинним законом. Більше того, варто вказати, що в жодній іншій статті КК України (окрім ч. 1 ст. 368-2), які передбачають кримінальну відповідальність за діяння, вчинені спеціальним суб'єктом із використанням влади чи службового становища, у формулюванні диспозиції не передбачено такого терміно-поняття, як «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування».

Тому метою дослідження є з'ясування проблемних аспектів формулювання суб'єкта основного складу злочину «Незаконне збагачення», аналіз змісту юридичних ознак суб'єкта відповідного складу злочину та їх вплив на кримінально-правову кваліфікацію.

Із законодавчої вказівки в ч. 1 ст. 368-2 КК України випливає, що суб'єктом незаконного збагачення є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Такими особами, відповідно до примітки 1 до ст. 3682 КК України, є особи, визначені в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». Тобто суб'єкт розгляданого 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 передусім зі специфіки порушуваних злочином суспільних відносин [4, с. 12].

Спеціальний суб'єкт є родовим поняттям щодо спеціального-конкретного суб'єкта, який є видовим поняттям [4, с. 12]. Тому спеціально-конкретним суб'єктом злочину, передбаченого ст. 3682 КК України, є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Родовим щодо останнього є поняття «службова особа». Із цього випливає, що суб'єкт незаконного збагачення, крім видових ознак, повинен бути наділений усіма ознаками «службової особи».

У ч. 3 ст. 18 КК України в редакції Закону України від 07.04.2011 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.

Аналіз законодавчих актів, що регламентують повноваження осіб, які на підставі закону належать до суб'єкта незаконного збагачення, дає можливість висувати, що особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть виконувати будь-яку з передбачених у ч. 3 ст. 18 КК України функцій. Зокрема, представниками влади є службові особи, перелічені в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». Відповідно до ч. 3 п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26.04.2002 № 5, до осіб, які виконують організаційно-розпорядчі функції, належать керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади [5], керівники територіальних органів центральної виконавчої влади, голови судів, їхні заступники, голови судових палат під час виконання функцій з організаційного керівництва відповідними судами, керівники та заступники керівників обласних, районних, міжрайонних і місцевих прокуратур, керівники головних управлінь СБУ, керівники міжрайонних, районних і міських підрозділів СБУ, керівник управління лісового господарства, керівник управління мисливського господарства, керівники обласних відділів лісового та мисливського господарства, керівники територіальних органів виконавчої влади, що забезпечують формування й реалізацію державної податкової політики та державної політики у сфері державної митної справи, керівники територіальних управлінь і відділів органів внутрішніх справ, керівники територіальних управлінь у сфері виконання кримінальних покарань, кримінально-виконавчої інспекції, установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, в'язниць формувальних, керівники територіальних відділень НАБУ, керівники структурних підрозділів НАБУ. Адміністративно-господарські функції входять у коло повноважень службових осіб, які здійснюють управління та розпорядження чужим себе майном. Як зазначено в літературі, одні й ті самі категорії працівників за характером і змістом діяльності можуть

виконувати організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки та водночас професійні функції [6, с. 136; 7, с. 168].

Зокрема, особи, уповноважені на виконання функцій держави, як публічні службові особи виконують функції щодо аналізу державної політики на загальнодержавному, галузевому, регіональному рівнях і 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 і контролю за їх використанням; управління персоналом державних органів; реалізації інших повноважень державного органу [8, с. 54–55]. Особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування, до яких належать депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови, 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; реалізації інших повноважень місцевого самоврядування [8, с. 55].

Наведене показує, 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 (ст. 368-2 КК України) поряд із привласненням, розтратою, заволодінням чужим майном (в аналізованому випадку – державним) (ч. 2 ст. 191 КК України) є головною метою, задля досягнення якої вчиняються інші злочини у сфері службової діяльності. Наприклад, зловживання владою або службовим становищем і його особливі вияви, що передбачені спеціальними нормами, вчиняються з метою одержання неправомірної вигоди (ст. 368 КК України), або незаконного збагачення (ст. 3682 КК України), або заволодіння чужим майном (ч. 2 ст. 191 КК України), або приховання вчинення аналізованих злочинів. У 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.

У юридичній літературі звертається увага на те, що для забезпечення правильного розуміння і тлумачення правових норм під час їх застосування законодавець у процесі їх створення повинен дотримуватися вимоги єдності й точності термінології [9, с. 60]. Зокрема, використовувати одні й ті самі терміни для позначення одних і тих самих понять [9, с. 60], а також запобігати невиправданій терміновості та частому використанню синонімів у приписах нормативно-правових актів [9, с. 60; 10].

Більше того, у теорії кримінального права обгрунтовано, що синонімія в тексті правового акта – явище небажане, оскільки викликає зайву потребу з'ясувати співвідношення законодавчих терміно-понять [11, с. 75–77] і призводить до невиправданої конкуренції або навіть колізії кримінально-правових норм, що додає складнощів у кримінально-правовій кваліфікації, в розгляданому випадку – незаконного збагачення.

Водночас у правовій літературі звертають увагу на те, що синоніми є засобом смислової диференціації, наявність яких зумовлюється різницею функцій, які вони виконують [10] (останні використовуються для підвищення виразності мови, що дає змогу уникати одноманітності [12], і вносять у мовлення зміну відтінків їх значення).

На прикладі аналізу такого спеціального суб'єкта, як службова особа, А.С. Осадча стверджує, що «на диференціацію їхньої відповідальності і покарання впливає не лише службовий статус, а й соціальне значення цього статусу, з врахуванням якого навіть всередині такого виду спеціального суб'єкта, як службова особа, законодавець збільшує більш дробну диференціацію кримінальної відповідальності» [13, с. 11]. На думку науковиці, це стосується відмінностей у відповідальності за один і той самий злочин службової особи «зі звичайним становищем», службової особи, яка займає відповідальне становище, та службової особи, яка займає особливо відповідальне становище» [13, с. 11]. Такий висновок можна екстраполувати на твердження про те, що на диференціацію кримінальної відповідальності й покарання за вчинення корупційних злочинів впливає також виділення такого терміно-поняття, як «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», оскільки термін «службова особа» й терміно-поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» співвідносяться між собою як категорії логіки – рід і вид.

Беручи до уваги особливості формулювання суб'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368-2 КК України, варто з'ясувати, чи впливає виділення терміно-поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» на диференціацію кримінальної відповідальності та покарання в разі незаконного збагачення. Для цього необхідно дослідити співвідношення всіх терміно-понять, використаних законодавцем у формулюванні суб'єкта в усіх частинах статті про незаконне збагачення.

Поняття «службова особа», співвідношення його з поняттям «посадова особа», «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» в усі часи було в центрі уваги науковців. Тому, враховуючи той факт, що сьогодні існує велика кількість наукових праць, присвячених відповідній проблемі, навряд чи залишилися прогалини, які можна заповнити в статті. Проте варто лише звернути увагу на те, що відсутність уніфікованого підходу до розуміння вищезазначених термінів призводить до того, що вони (терміни) вживаються в текстах правових актів як синоніми. І такої позиції дотримується більшість учених-криміналістів [14, с. 132–134; 8, с. 55; 15, с. 124].

З огляду на вищевикладене, більш детальна увага буде зосереджена на співвідношенні таких терміно-понять, як «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», «службова особа, яка займає відповідальне становище», «службова особа, яка займає особливо відповідальне становище».

Відомо, що ознаки суб'єкта незаконного збагачення прямо не впливають із диспозиції ст. 368-2 КК України, однак їх сутність може бути з'ясована на підставі аналізу положень чинного регулятивного законодавства. Так, кожен із цих суб'єктів (як тих, що передбачені в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»), так і тих, що передбачені в примітці 2, 3 до ст. 368 КК України) характеризується своєрідними ознаками, зумовленими специфікою займаної ними посади та виконуваними функціями, наявністю повноважень, але загалом їм притаманні спільні ознаки. За критерієм належності до публічної служби ці суб'єкти є державними службовцями або посадовими особами місцевого самоврядування; залежно від виконання публічних функцій вони виконують функції держави або місцевого самоврядування; залежно від займаної посади – займають посаду, пов'язану з виконанням функцій представника влади або місцевого самоврядування, організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, одержують заробітну плату за рахунок державних чи комунальних коштів [8, с. 68]; залежно від тривалості здійснення ними відповідних функцій – по-

стійно або тимчасово; залежно від підстави діяльності – уповноважені органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, законом або судом [16].

Крім того, аналіз окремих положень чинного законодавства дає підстави вважати, що види осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбачені в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», і види службових осіб, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище, передбачені в примітці 2 і 3 до ст. 368 КК України, практично збігаються, а це означає, що таке термінологічне формулювання суб'єкта незаконного збагачення є виявом недосконалої законодавчої техніки. Різні терміни *de facto* позначають одні й ті самі поняття, які мають однако-ве значення, що на практиці може призвести до неоднозначного розуміння і тлумачення, а отже, і застосування ст. 368-2 КК України «Незаконне збагачення».

Не зрозумілою може виявитися ситуація з приводу кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення таких осіб, як, наприклад, суддя, прокурор, слідчий, та інших осіб, посади яких, відповідно до Закону України «Про державну службу», зараховано до категорії «Б», які, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», є особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, й, відповідно до ч. 2 примітки до ст. 368 КК України, є службовими особами, які займають відповідальне становище; а також таких осіб, як, наприклад, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Генеральний прокурор України, Голова Національного банку України, судді Конституційного Суду України, які, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», зараховані до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, відповідно до п. 1 примітки 3 до ст. 368 КК України, є службовими особами, які займають особливо відповідальне становище.

Такий недолік, допущений законодавцем у термінологічно-мовному оформленні суб'єкта складу незаконного збагачення, дає можливість різної суб'єктивної оцінки злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, а тому може створювати передумови для зловживання в процесі кримінально-правової кваліфікації та призначення особи покарання. Як доречно зазначив В.К. Гришук, «неоднозначність у тексті правового акта сприяє розширенню меж судової дискреції (утягу), що здавна оцінюється як небезпечний фактор для правопорядку та демократії» [17, с. 35]. Тому з метою уникнення помилок і зловживань під час правозастосування необхідно, щоб законодавець як в основному, так і кваліфікованих складах злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, вжив єдину термінологію для позначення суб'єкта незаконного збагачення. Як доречно зазначив М.І. Хавронюк, чітке визначення в законі переліку осіб, які є суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення, має дати змогу уникнути суперечок щодо поширення чи непоширення на цих осіб положень антикорупційного законодавства та правильного застосування відповідних статей КК України [8, с. 45].

У правовій літературі зазначено, що необхідною умовою забезпечення якості кримінального законодавства в процесі його формування й удосконалення є врахування наявності об'єктивно існуючих системних відносин і зв'язків (зовнішніх і внутрішніх) елементів цього складного явища [18]. Своєю чергою, від якості закону залежить й ефективність регулювання відповідних суспільних відносин, на яких поширює свою дію закон. Так, відомо, що положення кримінального закону не повинні суперечити вимогам інших нормативно-правових актів, а саме тим вимогам (нормам), до яких відсилає сама стаття кримінального закону, що регламентує відповідні кримінально-правові відносини. Зокрема, одним із факторів, які впливають на якість правозастосування в Україні, є проблема

неузгодженості між кримінально-правовими нормами та нормами інших галузей українського права [19, с. 445].

Отже, стаття про незаконне збагачення, яка в частині визначення суб'єкта злочину відсилає до іншої галузі законодавства (п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»), повинна бути узгоджена з ним у тому числі в частині використовуваної термінології. Однак, як уже було зазначено, аналіз диспозиції ст. 368-2 КК України дає підстави стверджувати, що в процесі її створення законодавцем не дотримано принцип єдності термінології, що суперечить принципу системності. Крім того, принцип системності повинен бути дотриманий і в структурі самої статті, який полягає в установленні логічних зв'язків між характерними ознаками основного та кваліфікованих складів злочину. У зв'язку з цим законодавцеві доцільно вдосконалити формулювання суб'єкта складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, у всіх частинах, урахувавши вимоги, які висуваються до текстів правових активів, з метою уникнення можливостей для зловживання в процесі застосування через неясність норми й тим самим забезпечити дотримання конституційного принципу рівності всіх перед законом.

Відомо, що наявність додаткових особливих ознак, що характеризують спеціального суб'єкта злочину, звуває коло потенційних осіб, які можуть нести кримінальну відповідальність за вчинене суспільно небезпечне діяння. Зокрема, у теорії кримінального права віддавна одностайною є думка, що виконавцем будь-якого службового злочину є тільки спеціальний суб'єкт – службова особа [4, с. 20; 20, с. 290–291]. Тому логічно, що за наявності всіх інших ознак складу конкретного злочину, якщо немає спеціального суб'єкта злочину – виконавця, не можна говорити про наявність злочину [4, с. 21; 21, с. 232; 22, с. 161].

Однак варто звернути увагу на те, що склад злочину, передбачений ст. 368-2 КК України, сформульований так, що частина об'єктивної сторони може бути виконана суб'єктом, який не є спеціальним. Імовірно те, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може виконувати специфічну, опосередковану роль у вчиненні злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, яка полягає в тому, що вона (особа-функціонер) безпосередньо не набуває предмет злочину у власність, а використовує для цього будь-яких інших осіб. Така ситуація, зокрема, може мати місце тоді, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, переадресує предмет злочину будь-якій іншій особі. Переадресація активів передбачає двосторонній зв'язок, вона неможлива без участі контрагента. Отже, цей контрагент за термінологією, вжитою в диспозиції ч. 1 ст. 368-2 КК України, – будь-яка інша особа – виступає в ролі співвиконавця незаконного збагачення за умови, що виконавцем є особа, яка наділена ознаками спеціального суб'єкта. Варто зазначити давно висловлену в кримінально-правовій літературі думку, «що всякий службовий злочин можливий не тільки шляхом безпосереднього вчинення певних незаконних дій, а й у результаті злочинного використання службовою особою свого службового становища, щоб узакані дії були виконані іншими, приватними особами» [23, с. 104].

Д.Г. Михайленко вважає, що незаконним збагаченням «необхідно розуміти отримання особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у значному розмірі, незважаючи на те, яка саме особа отримала ці активи у власність» [24, с. 266]. Він допускає можливість визнання незаконним збагаченням «отримання членами сім'ї особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, майнової вигоди у значному розмірі, незважаючи на те, яка саме особа отримала у власність такі активи, якщо законність підстав їх набуття не підтверджено доказами» [24, с. 266]. Однак із таким твердженням науковця важко погодитися.

Запропоноване формулювання кримінально-караного діяння в складі злочину «Незаконне збагачення» гіпотетично створює передумови для порушення принципу презумпції невинуватості особи в учиненні злочину. Натомість не створювало б передумов для порушення законодавчо закріпленого в ст. 62 Конституції України і ст. 17 Кримінального процесуального кодексу України принципу презумпції невинуватості, якщо б у формулюванні суспільно небезпечного діяння була вказівка на отримання майнової вигоди в значному розмірі членом сім'ї функціонера з відома останнього. Вказівка на інформованість функціонера про отримання майнової вигоди членом його сім'ї чи будь-якою іншою особою свідчить про існування правового зв'язку між опосередкованим виконанням об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і фактичним набуттям активів у власність будь-якою іншою особою або членом його сім'ї. De-facto член сім'ї або будь-яка інша особа, які не наділені ознаками спеціального суб'єкта, реалізують об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 368-2 КК України, за умови, що de-jure виконавцем є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Можливість визнання особи, яка є загальним суб'єктом злочину, співвиконавцем злочину зі спеціальним суб'єктом має вирішуватися в кожному конкретному випадку індивідуально, залежно від особливостей об'єктивної сторони конкретного складу злочину [13, с. 12].

З приводу законодавчого формулювання осіб, які можуть виступати в ролі контрагента корупційних відносин, то таке описання осіб мінялося з кожною зміною редакції норми про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Так, у первинній редакції ст. 368-2 КК України, затвердженій Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 07.04.2011 № 3207-VI, суб'єктами отримання переданої від службової особи неправомірної вигоди названо було близьких родичів. У чинній на той час примітці до статті «Незаконне збагачення» поняття «близькі родичі» не розкривалося. Зміст поняття «близькі особи» розкривався в ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 № 3206-VI (який утратив чинність на підставі Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII). Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12.02.2015 № 198-VIII стаття «Незаконне збагачення» викладена в новій чинній редакції, відповідно до якої термін «близькі родичі» замінено термінологічним зворотом «будь-які інші особи». Таким формулюванням законодавець фактично розширив коло осіб, які також можуть бути учасниками корупційних відносин (незаконного збагачення). Зокрема, це можуть бути будь-які підставні особи, навіть ті, які не наділені ознаками близьких осіб.

Однак формулювання «будь-які інші особи» в диспозиції ст. 368-2 КК України видається невдалим із таких причин. Насамперед важко встановити коло осіб, які потенційно можуть виступати в ролі підставних осіб, яким особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може передати або переадресувати предмет злочину. Навіть якщо буде інформація, що конкретна особа отримала активи від особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, процесуально перевірити й доказати це набагато важче, ніж перевірити майнове становище членів сім'ї або близьких осіб до особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

У Проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення ді-

яльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства України з питань запобігання корупції» від 09.01.2015 № 1660-1 і Проекті Закону України від 30.01.2015 № 1660-д йшлося й про інших суб'єктів відповідальності за злочин, передбачений ст. 368-2 КК України, зокрема близьких осіб особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Однак такі законопроектні пропозиції не стали реальністю, і вже в тексті чинної редакції статті про незаконне збагачення про близьких осіб не згадується.

Сьогодні непоодиноким фактом є те, що функціонери часто декларують, що не володіють значними активами, тоді як їхні близькі особи виявляються мільйонерами [25]. У зв'язку з цим презюмується, що функціонери використовують таких осіб не лише для приховання реального власника майна, а й передусім для того, щоб ці будь-які інші особи сприяли виконавцеві (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) у вчиненні злочину.

З приводу відсутності близьких осіб серед суб'єктів кримінальної відповідальності за незаконне збагачення Д.Г. Михайленко вказує, що це є одним із недолків досліджуваної кримінально-правової норми, оскільки не дає можливості належним чином синхронізувати антикорупційне й охоронне законодавство, залишивши інститут фінансового контролю незавершеним [24, с. 270; 26]. У зв'язку з цим науковець показує правильні, на його думку, шляхи вдосконалення механізму правової протидії корупції в Україні як щодо кола осіб, які підлягатимуть фінансовому контролю, так і щодо кола суб'єктів незаконного збагачення. Відповідно, Д.Г. Михайленко пропонує передбачити: 1) відповідальність публічного службовця за суттєве збільшення майнових активів та отримання нематеріальних благ майнового характеру членами його сім'ї, яке не відповідає їхнім легальним доходам і доходам такого службовця та не може бути раціонально обгрунтоване таким службовцем або членом його сім'ї; 2) відповідальність будь-яких інших осіб за збільшення доходів над їхніми легальними доходами й доходами службовця, якщо останній зберігає контроль за такими активами [24, с. 270].

З приводу вдосконалення суб'єкта складу незаконного збагачення вважаємо, що логічно правильно вести мову про те, що злочин, передбачений ст. 368-2 КК України, як один із видів службових злочинів може вчинятися тільки спеціальним суб'єктом, виходячи з аналізу змісту тих суспільних відносин, які охороняються відповідною кримінально-правовою нормою. Крім того, злочин, передбачений ст. 368-2 КК України, може також учинятися у співучасті з будь-якими іншими особами, які не наділені ознаками спеціального суб'єкта. Відповідно, виконавцем злочину є спеціальний суб'єкт – особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка безпосередньо не вчиняє злочин, однак для його реалізації використовує своє службове становище, а сам злочин учиняє будь-яка інша особа, яка виступає в ролі пособника.

Перебування особи в статусі функціонера (поняття «функціонер» сформульоване в науково-практичному коментарі до антикорупційного законодавства [8, с. 46]) має свої часові межі [6, с. 140]. Р.Л. Максимович уважає, що «неприпустимим, є визнання особи службовою ще до того, як вона одержить правовий статус, так і після того, як вона перестане бути таким спеціальним суб'єктом злочину» [6, с. 140]. Науковець наголошує, що «неправильне вирішення даного питання може призвести до помилок у кваліфікації, притягненні до кримінальної відповідальності <...> оскільки, згідно з чинним кримінальним законодавством, деякі суспільно небезпечні діяння службових осіб не мають аналогів серед неслужбових, а в ряді випадків вчинення злочину службовою особою є диференціальною кримінальної відповідальності» [6, с. 140].

Указівка на здійснення особою функцій держави або місцевого самоврядування як одна з юридичних ознак, властивих суб'єкту досліджуваного складу злочину, навпаки, дає можливість у певних випадках уникнути кримінальної відповідальності за діяння, яке було вчинено під час діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, але ознаки якого виявилися після її припинення. У такому разі особу, про очевидність невідповідності вартості активів та способу життя офіційним доходам якої стало відомо вже після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, неможливо притягнути до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у зв'язку з тим, що така особа не визнається суб'єктом відповідного складу злочину. На думку Д.Г. Михайленка, виявлені розбіжності в майновому становищі особи, які не відповідають її офіційним доходам, після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, можуть бути використані компетентними органами як привід для проведення детальної перевірки діяльності цієї особи в період перебування на посаді, проте гарантії, що в результаті цього будуть виявлені будь-які правопорушення, які призвели до необгрунтованого збагачення, відсутні [27]. Відповідно, науковець слушно зазначає, що у зв'язку з тим, що суб'єктами незаконного збагачення, відповідно до п. 1 примітки до ст. 368-2 КК України, є особи, визначені в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», втрачається смисл у здійсненні фінансового контролю за майновим становищем осіб, які є суб'єктами декларування, але не є суб'єктами незаконного збагачення [27].

Досліджуючи можливість притягнення особи до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, О.І. Гузоватий пропонує «криміналізувати діяння, передбачене ст. 368-2 КК України, вчинене особою, протягом року після звільнення або іншим чином припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування» [15, с. 132]. Науковець обгрунтовує свою позицію виходячи з передбачених Законом України «Про запобігання корупції» положень ст. 26, відповідно до якої особам, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, забороняється протягом року з дня її припинення укладати трудові договори (контракти) або вчиняти правочини у сфері підприємницької діяльності з юридичними особами приватного права або фізичними особами-підприємцями; і ч. 2 ст. 45, відповідно до якої особи, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, зобов'язані наступного року після її припинення в порядку, передбаченому ч. 1 ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції», подати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Крім чинних законодавчих вимог та обмежень, що стосуються осіб, які припинили публічну службову діяльність, О.І. Гузоватий пропонує також передбачити в чинному антикорупційному законодавстві обмеження щодо одержання цими особами й подарунків [15, с. 132].

Позиція науковця видається прийнятною з того погляду, що вдосконалення будь-якої кримінально-правової норми має «базуватися на системному характері права, взаємозв'язку і взаємозалежності між нормами, які належать до різних галузей права» [21, с. 81]. Однак варто звернути увагу на те, що особа, яка припинила діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, може вчинити будь-які правочини з фізичними або юридичними особами, на підставі яких виникає право власності на майно, чи одержувати подарунки після спливу цього строку. Темпоральна характеристика як юридична ознака спеціального суб'єкта складу незаконного збагачення не змінює ступеня

й характеру суспільної небезпеки вчиненого. Суспільна небезпека посягання полягає в тому, що набуття активів у власність здійснюється у зв'язку з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

Тому якщо вести мову про вдосконалення редакції чинної ст. 368-2 КК України, то більш прийнятною була

б указівка на суб'єкта з урахуванням об'єктивних ознак досліджуваного складу злочину, а саме обставинки вчиненого. З огляду на вищевикладене, пропонується суб'єкта основного складу незаконного збагачення сформулювати так: «особа, у зв'язку з виконанням нею функцій держави або місцевого самоврядування».

ЛІТЕРАТУРА

1. Пояснювальна записка 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» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53289.
2. Висновок Головного науково-експертного управління на Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 29.01.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53289.
3. Зауваження 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua>.
4. Устименко В.В. Специальный субъект преступления : [монография] / В.В. Устименко. – Х. : Издательство при Харьковском государственном университете издательского объединения «Выща школа», 1989. – 103 с.
5. Про судову практику у справах про хабарництво : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02>.
6. Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України : [монографія] / Р.Л. Максимович. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – 304 с.
7. Андрушко П.П. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика / П.П. Андрушко, А.А. Стрижевська // Навчальний посібник. – К. : Юристконсульт, 2006. – 342 с.
8. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка – К. : ВД «Дакор», 2016. – 496 с.
9. Ткачук А.Ф. Законодавча техніка : [практичний посібник] / А.Ф. Ткачук за участю А. Шуліми. – К. : Інститут громадянського суспільства, 2002. – 80 с.
10. Юлдашева С.А. Синонімія у сучасному правничому тексті С.А. Юлдашева [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nchnpu_10_2011_7_88.pdf.
11. Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України / З.А. Тростюк. – К. : Атіка, 2003. – 144 с.
12. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://uk.wikipedia.org/wiki/Синонім>.
13. Осадча А.С. Спеціальний суб'єкт злочину: генезис, функції, проблеми кваліфікації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.С. Осадча ; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Х., 2015. – 20 с.
14. Користін О.Є. Щодо питання вживання термінів «службова особа» й «посадова особа» / О.Є. Користін, О.В. Тихонова // Південно-український правничий часопис. – 2010. – № 2. – С. 132–134.
15. Гузоватий О.І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О.І. Гузоватий ; кер. О.О. Титаренко ; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. – Дніпро, 2016. – 273 с.
16. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
17. Гришук В.К. До питання про якість кримінального законодавства / В.К. Гришук // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю» (9–10 грудня 2016 р., м. Івано-Франківськ). – Івано-Франківськ, 2017. – 349 с. – С. 33–37.
18. Панов М.І. Системний підхід у кримінальному праві та проблеми удосконалення кримінального законодавства / М.І. Панов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/6310/1/Panov_227_241.pdf.
19. Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи / [Ю.В. Баулін, М.В. Буроменський, В.В. Голіна, В.К. Гришук, О.В. Зайчук, В.О. Навроцький, О.В. Наден, Ю.В. Нікітін, Н.М. Онщенко, Ю.А. Пономаренко, М.І. Хавронюк, О.В. Харитонова, В.І. Ша-кун]. – К. : ВАІТЕ, 2015. – 688 с.
20. Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления / А.Н. Трайнин. – М. : Государственное издательство юридической литературы, 1957. – 362 с.
21. Брич Л.П. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні : [монографія] / Л.П. Брич ; автор вступ. стат. М.Я. Азарова. – К. : Атіка, 2000. – 288 с.
22. Уголовное право Украины: Общая часть / под. ред. М.И. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тация. – К. : Юринком Интер, 2003. – 512 с.
23. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления / А.Я. Светлов ; Академия наук Украинской ССР, Институт государства и права. – К. : Наукова думка, 1978. – 302 с.
24. Михайленко Д.Г. Кримінально-правове значення незаконного збагачення осіб, пов'язаних з суб'єктом владних повноважень / Д.Г. Михайленко // Наукові праці НУ ОЮА. – 2015. – С. 259–277. – С. 266. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/6570/Mikhailenko%20nauk%20pra%2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
25. Багаті родичі бідних суддів (розслідування) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.radiosvoboda.org/a/27788455.html>.
26. Михайленко Д.Г. Розвиток норми про незаконне збагачення в умовах зміни державної антикорупційної політики / Д.Г. Михайленко // Новітні тенденції законотворчості у сфері кримінального права : матеріали Інтернет-конференції (м. Одеса, 20 квітня 2015 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.onua.edu.ua/downloads/crime_pravo/inter-conf_ugolpravo_20150420.doc.
27. Михайленко Д.Г. Обґрунтування необхідності дії норм механізму фінансового контролю щодо осіб, які припинили виконувати функції держави або місцевого самоврядування / Д.Г. Михайленко // Прикарпатський юридичний вісник [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pjv.nouua.od.ua/v2_2016/17.pdf.