

УДК 343.544:176.5(477)

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4095312>

А.І. МИХАЙЛИН,

студент Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
 м. Харків, Україна; e-mail: mykyaylinartem@ukr.net;
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6990-3940>

СТАТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ 368-5 "НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ" ЯК ЗАКОНОДАВЧИЙ ВІРУС У СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

А.І. МЫКНАЙЛЫН,

Student, Prosecutor's Office and Criminal Justice Institute, Yaroslav Mudryi
 National Law University, Kharkiv, Ukraine; e-mail: mykyaylinartem@ukr.net;
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6990-3940>

ARTICLE OF CRIMINAL CODE 368-5 "ILLEGAL ENRICHMENT" AS A LEGISLATIVE VIRUS IN THE CRIMINAL LAW SYSTEM OF UKRAINE

АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS), КЛЮЧОВІ СЛОВА (KEY WORDS)

Постановка проблеми. В Україні станом на сьогодні актуальними є питання забезпечення кримінально-правової охорони нормальної службової діяльності посадових осіб та боротьби з корупцією, однак заходи, що застосовуються для запобігання останньої не мають призвести до свавільного порушення прав службових осіб. Проте, теоретичний аналіз останніх законодавчих змін дозволяє говорити про можливу невідповідність їх принципу верховенства права, який закріплений у Конституції України. **Метою** дослідження є з'ясування чинників, що призвели до появи в Кримінальному кодексі статті "незаконне збагачення", законодавчих змін до неї, обґрунтування можливості її вилучення з кодексу, а також аналіз поняття "законодавчий вірус у системі кримінального кодексу" на прикладі цієї статті який має важливе значення для реалізації принципу верховенства права в кримінальному праві України. **Використані методи** – за допомогою формально-логічного методу здійснено аналіз нормативно-правових актів, якими упроваджувалася та змінювалася стаття Кримінального кодексу "незаконне збагачення". Аналітичний метод дозволив виявити можливі порушення прав людини та принципів права при застосуванні даної правової норми. Із застосуванням порівняльно-правового методу здійснено порівняння різних редакцій даної правової норми та відмежування суміжних складів злочину. Індуктивний метод пізнання дозволив прийти до висновку про можливість вилучення з Кримінального кодексу статті "незаконне збагачення". **Результати.** Розглянуто положення Конвенції Організації об'єднаних націй проти корупції, яка містить рекомендаційне положення про криміналізацію "незаконного збагачення", проаналізовано історію появи та законодавчих змін цієї статті, здійснено аналіз суміжних складів злочину та проведено відмежування "незаконного збагачення" від них; проаналізовані різні редакції даної статті на предмет їх формальної визначеності та відповідності їх принципу верховенства права. Досліджене поняття "законодавчий вірус", яким чином він виник, як "удосконалювався", як відбулося "лікування" від вірусу і як цей він виявляє себе зараз; проаналізовано можливі порушення прав людини при застосуванні останньої редакції даної норми. Проаналізовано теоретичну відповідність даної норми теоретичним ознакам злочину та встановлено, що даний злочин не відповідає всім його ознакам; констатовано певні обмеження в цивільній дієздатності посадових осіб; здійснено аналіз політичної ситуації, що існувала під час декриміналізації та запровадження останньої редакції цієї норми. **У висновку** запропоновано вилучити з Кримінального кодексу України статтю "незаконне збагачення" та зроблено акцент на інших статтях Кодексу, які виконують свою охоронну та превентивну функцію.

Ключові слова: незаконне збагачення; суспільна небезпечність; законодавчий вірус; верховенство права; рішення Конституційного Суду; криміналізація

Problem statement. In Ukraine today, the issues of criminal protection of normal official activities of officials and the fight against corruption are relevant, but the measures taken to prevent the latter should not lead to arbitrary violations of the

rights of officials. However, the theoretical analysis of the latest legislative changes allows us to speak about the possible inconsistency of their principle of the rule of law, which is enshrined in the Constitution of Ukraine. **The purpose** of the research is to clarify the factors that led to the appearance in the Criminal Code of the article "illegal enrichment", legislative changes to it, justify the possibility of its removal from the code, as well as analysis of the concept of "legislative virus in the criminal code" is important for the implementation of the principle of the rule of law in the criminal law of Ukraine. **Methods used** – with the help of the formal-logical method the analysis of normative-legal acts by which the article of the Criminal Code "illegal enrichment" was introduced and changed was carried out. The analytical method allowed to identify possible violations of human rights and principles of law in the application of this legal norm. Using a comparative legal method, a comparison of different versions of this legal norm and the delimitation of related components of the crime. The inductive method of cognition led to the conclusion that the article "illegal enrichment" could be removed from the Criminal Code. **Results.** The provisions of the United Nations Convention against Corruption, which contains a recommendation on the criminalization of "illegal enrichment", the history of the emergence and legislative changes of this article, the analysis of related crimes and the delimitation of "illegal enrichment" from them; analyzed various editions of this article for their formal definition and compliance with their principle of the rule of law. The concept of "legislative virus" is studied, how it originated, how it "improved", how the "treatment" of the virus took place and how it manifests itself now; possible violations of human rights in the application of the latest version of this rule are analyzed. The theoretical correspondence of this norm to the theoretical features of the crime is analyzed and it is established that this crime does not correspond to all its features; certain restrictions in the civil capacity of officials were stated; an analysis of the political situation that existed during the decriminalization and introduction of the latest version of this rule. **In conclusion**, it is proposed to remove the article "illegal enrichment" from the Criminal Code of Ukraine and emphasize other articles of the Code that perform their protective and preventive function.

Keywords: *illegal enrichment; social danger; legislative virus; Rule of Law; judgment of the Constitutional Court; criminalization*

Постановка проблеми

Як відомо, витоки правильних законодавчих рішень беруть початок із наукових досліджень. Лише належне наукове обґрунтування кримінально-правової норми може зробити її дієвою й ефективною. Останнім часом увага науковців прикута до новел антикорупційного законодавства, чимало з яких піддається жорсткій і, як не прикро це констатувати, справедливій критиці. Зокрема, у 2016 році В.М. Киричко увів у науковий обіг поняття "законодавчий вірус"; дане поняття було розглянуто на прикладі диспозиції статті 368-2 Кримінального кодексу України (далі – КК) [1]. До думки В.М. Киричка дослухався і Конституційний Суд України у своєму рішенні № 1-р/2019 від 26.02.2019 року, декриміналізуючи дану статтю КК [2]. Утім законодавець 31.10.2019 року Законом України 263–IX знову включив до КК дану статтю в новій редакції [3].

Теоретичні та практичні аспекти, пов'язані з доповненням Кримінального кодексу України статтею "незаконне збагачення" вже розглядались у науковій літературі; зокрема О.О. Дудоров констатує надзвичайну складність у розумінні даної кримінально-правової матерії та пр. доходить висновку, що предмет корупційного збагачення не слід визначати в контексті кримінально-процесуального доказування, акцентуючи увагу на можливій вибірковості застосування даної кримінально-правової норми та можливо-

му порушенні прав людини при її застосуванні [4]; В.М. Киричко на прикладі даного злочину запровадив у науковий обіг поняття "законодавчий вірус", проаналізувавши, яким чином вірус виник, як "удосконалювався" і який вигляд має зараз [1]; М.А. Рубашенко критично розглядає основні фактори, що дозволяють обґрунтувати відступ від презумпції невинуватості, доходить висновку, що "реанімація" незаконного збагачення має приховані загрози свавілля та вибіркового нехтування правами людини у сфері кримінального права [5]. Такий саме стан відмічається і в зарубіжних дослідженнях, зокрема Томас Клігель (Kliegel, 2013) зазначає, що здебільшого дане діяння не є криміналізованим у країнах західної та центральної Європи та в країнах Північної Америки [6]; а Томас Снідер та Кідан Вон (Snider, Kidane, 2007) ставлять під сумнів, що шляхом криміналізації різниці між реальними активами та законним доходами можна отримати стримуючий ефект [7]. Тому, метою статті є встановлення законодавчих змін, якими упроваджувалося та змінювалося поняття "незаконне збагачення", та удосконалення законодавства. Її новизна полягає у визначенні останніх законодавчих змін із проблеми. Завданнями статті є ретроспектива появи статті "незаконне збагачення" та внесення законодавчих змін до неї; розгляд того, як законодавчий вірус виник, як імпліментувався в українське за-

конодавство як видозмінювався та як виявляє себе зараз у висновку обґрунтовано можливість вилучення з КК даної норми.

Ретроспектива появи статті "незаконне збагачення", законодавчих змін до неї та відмежування суміжних складів злочинів

18 жовтня 2006 року Україна ратифікувала Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції (далі – Конвенція), яка 01.01.2010 року набрала чинності для України. Відповідно до статті 20 даної Конвенції кожна Держава-учасниця "за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи 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" [8]. З тексту статті можна зробити висновок, що криміналізація незаконного збагачення не є обов'язковою, оскільки в ній акцентується увага саме на *можливості* криміналізації даного діяння, якщо воно не суперечить конституції та основоположним принципам права.

Слід зазначити, що й до ратифікації Україною зазначеної Конвенції вже діяли загальнокримінальні статті 368 "Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою" та 369 "Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі" КК [9]. Умовно їх можна назвати як "Одержання неправомірної вигоди (хабара)" і "Надання неправомірної вигоди (хабара)". На перший погляд видається, що задля протидії корупції (і, зокрема, наданню та одержанню неправомірної вигоди, тобто хабарництва) даних статей достатньо. Утім, виконуючи зобов'язання за означеною Конвенцією, законодавець вирішив розширити спектр кримінальних правопорушень.

В.М. Киричко досить детально проаналізував історію законодавчих змін статті "Незаконне збагачення" від її появи у 2011 році і до 2015 року. Зокрема, з 01.07.2011 року стаття 368-2 містила диспозицію "одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі (що перевищує 100 н.м.д.г.) або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва". 18.05.2013 року словосполучення "за відсутності ознак хабарництва" було замінено на "за відсутності ознак, зазначених у ст.368 КК" тобто за відсутності одержання неправомірної

вигоди (хабара) [1, с.144]. На нашу думку, дана норма не мала таку ознаку як юридична визначеність; труднощі у розумінні цієї диспозиції могли виникати не лише в пересічних громадян, а й у юристів-правозастосовувачів; адже, якщо словосполучення "за відсутності ознак, зазначених у ст.368 КК" замінити на ознаки, зазначені в даній статті, вийде "Одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі... за відсутності ознак одержання службовою особою неправомірної вигоди". Як на нас, дане формулювання є дещо дивним із логічної, філологічної та семантичної точок зору. Таким же самим дивним видавалося би формулювання "Умисне вбивство за відсутності ознак умисного вбивства" чи "Крадіжка за відсутності ознак крадіжки". Утім, ми все ж таки спробували розтлумачити дану диспозицію та провести відмежування даних складів злочинів (ст.368 та ст.368-2 в редакції 2013 року). Зі змісту диспозиції ст.368 КК можна зробити висновок, що одержання неправомірної вигоди має бути заздалегідь обіцяним: громадянин і службова особа заздалегідь домовляються про передачу неправомірної вигоди взамін за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду будь-якої дії з використанням наданої службовій особі влади чи службового становища. Неправомірна вигода передається частинами: наприклад: частина неправомірної вигоди передається службовій особі, потім службова особа вчиняє певну дію (наприклад, виносить певне рішення), потім передається наступна частина неправомірної вигоди; або до вчинення посадовою особою дії з використанням службового становища неправомірна вигода передається в повному обсязі. Ми проаналізували диспозицію статті 368-2 в редакції 2011 або 2013 років: отже, йдеться про одержання неправомірної вигоди за відсутності ознак хабарництва чи одержання неправомірної вигоди за відсутності ознак одержання неправомірної вигоди. На нашу думку, мова йде про *заздалегідь не обіцяне* одержання неправомірної вигоди: уявімо, наприклад, таку ситуацію: суддя розглядає кримінальну справу, де санкція статті стосовно підсудного передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років; на утриманні у підсудного є двоє малолітніх дітей, підсудний визнав свою провину, активно сприяв розкриттю злочину та щиро покаявся; суддя проїнявся станом підсудного, виніс справедливе, на його думку, рішення, призначив мінімальне покарання – 5 років позбавлення волі та звільнив від відбуван-

ня покарання з випробувальним терміном 3 роки. Наступного дня після оголошення вироку (чи через місяць чи через рік) підсудний вирішив віддячити справедливого суддю та надав йому неправомірну вигоду (надав подарунок – тобто певну річ чи певну грошову суму або, наприклад, виконання ремонтних робіт). На нашу думку, така поведінка якраз і містить у собі об'єктивну сторону незаконного збагачення (в редакції 2011 та 2013 років). Утім, це лише наше припущення, можливо одна з форм об'єктивної сторони. Ще раз варто зазначити: дана норма (в редакції 2011 та 2013 років) не є точною, чіткою, зрозумілою та недвозначною, зрештою, не відповідає вимогам юридичної визначеності.

Наступною редакцією була редакція від 14.10.2014 року. В ній стаття мала такий вигляд: "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". 12.02.2015 року норму виклали вже в такій редакції: "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". В.М. Киричко детально проаналізував, які порушення прав людини могли відбуватися при застосуванні даної норми права в редакції від 12.02.2015 року [1, с.148]. До думки вченого згодом дослухався й Конституційний Суд України, який 26.02.2019 року визнав дану статтю такою, що не відповідає Конституції України. Однак законодавець продовжив "творчий пошук" редакції даної статті і вже 31.10.2019 року Законом України № 263–IX виклав нову редакцію уже статті 368 з позначкою 5 "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" [3]. Даний закон набрав чинності 28.11.2019 року. Отже, статті "незаконне збагачення" в Кримінальному кодексі не існувало в період із 26.02.2019 року до 28.11.2019 року.

Остання редакція: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення?

З цього приводу слід додати наступне: розмір у шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян на сьогодні відпові-

дає 6 млн 831 тис. 500 грн. Ми проаналізували можливість порушень прав людини при застосуванні статті в даній редакції. По-перше, законодавець знову презюмує вчинення посадовою особою раніше умисних незаконних дій (наприклад, одержання неправомірної вигоди) у разі набуття нею у власність майна понад шість з половиною тисяч н.м.д.г., а отже знову порушується основоположний принцип кримінального права та кримінального процесу – презумпція невинуватості. По-друге: так, законодавець вказав суму, що в 6500 н.м.д.г. перевищує законний дохід службової особи, однак у примітці він не вказав час, протягом якого рахується законний дохід службової особи (наприклад, місяць, рік, два роки). Тобто, правозастосовувач на свій розсуд тлумачить дану норму щодо часу, протягом якого слід рахувати законний дохід. Під підозрою можуть опинитися посадові особи, які в період, коли норма про незаконне збагачення чинною не була, придбали у власність майно, що перевищує вказану суму.

Також може бути необґрунтована підозра посадових осіб, які десять-п'ятнадцять років чесно накопичували кошти з їхніх законних доходів. Також знову можуть порушуватися права посадових осіб, які 1) отримали на законних підставах у власність активи, які є майном, що не підлягає державній реєстрації і не знають їх реальної вартості (наприклад, успадкували картину, коштовну прикрасу чи якусь раритетну річ, що становить культурну цінність, не знаючи про її вартість; знайшли певну рухому річ (коштовну прикрасу) і відповідно до Цивільного кодексу відкрито протягом п'яти років володіли цією річчю (розвісили оголошення про знайдену річ, шукали власника, але не знайшли); 2) до вступу на посаду набули у власність майно, що перевищує на зазначену суму їх законні доходи; 3) володіють активами, вартість яких змінилася (звичайна річ стала раритетною, внаслідок коливання курсу валют вартість речі спочатку була меншою за вказану суму, а потім стала перевищувати її); 4) яким передали у власність активи без їх відома в тому числі, з метою незаконного притягнення цих осіб до відповідальності (наприклад, шляхом перерахування грошей на картку).

Отже, після "офіційного лікування" КК від законодавчого вірусу відбулося повторне зараження Кодексу новим законодавчим вірусом. Так, слід сказати, що новий вірус є менш небезпечним, ніж попередній, утім він існує.

Приховані загрози порушення прав людини та принципів права при застосуванні ст.368-5

На нашу думку, криміналізація незаконного збагачення (в двох останніх редакціях) порушує основоположний принцип права "за одне й те саме двічі не карають". Так, незаконному збагаченню (в двох останніх випадках) може передувати вчинення інших злочинів: у сфері службової та професійної діяльності (наприклад, ст.368 одержання неправомірної вигоди), проти власності (ст.191 заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем), у сфері господарської діяльності (ст.209 легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом). Зрештою, і звичайна крадіжка може передувати незаконному збагаченню. Виходить, що правоохоронні органи у разі фіксації за службовою особою набуття активів, що в 6500 тис. н.м.д.г. перевищує її законні доходи зобов'язані відкрити кримінальне провадження за ст.368-5, а у разі виявлення, що дана особа ще і вчинила будь-який інший злочин, в тому числі у причинно-наслідковому зв'язку з незаконним збагаченням (наприклад злочин, передбачений ст.ст.185, 191, 209, 368), то слід кваліфікувати дане діяння за сукупністю злочинів. Звичайний громадянин також може вчинити, наприклад крадіжку і незаконно збагатитися, однак він підлягає кримінальній відповідальності лише за крадіжку, за незаконне збагачення він не відповідає, а службова особа відповідає. На нашу думку, це порушує принцип рівності. Зокрема, в цьому і виявляється інфекційна дія законодавчого вірусу. Так, дев'ятнадцята стаття Конституції України проголошує, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. В.М. Киричко слушно підкреслив, що не слід плутати свавільну діяльність правоохоронних органів із свавільними діями законодавця [10, с.172]. В нашому випадку працівники правоохоронних органів є якби заручниками обставин, тобто, вони говорять, що діяли згідно із законом. Проте (у випадку останньої редакції "незаконного збагачення") порушується, можливо, не стільки Конституція України, скільки принципи права, принципи кримінального права, теорія (загальна частина) кримінального права (далі про це детальніше). Слід вказати, що відповідно до ст.8 Конституції України, в Україні визнається й діє принцип верховенства права [11]. Свобода, справедливість, рівність, гуманізм є *основоположними* принципами права; і законність як

принцип права поступається їм [12, с.125–127]. Так, він є основним принципом права, проте не основоположним. Відповідно до ст.8 Конституції України норми Конституції України є нормами прямої дії. Тобто, пряма дія ч.1 ст.8 Конституції України означає, що якщо певний закон (в тому числі і Конституція) не відповідає принципу Верховенства права (принципам свободи, справедливості, рівності, гуманізму), то його вже не можна застосовувати.

Відповідно до теорії кримінального права ознаками злочину є діяння, суспільна небезпека, протиправність, винність, караність [13, с.73–77]. Ми проаналізували, чи відповідають останні дві редакції статті "незаконне збагачення" даним ознакам. Зокрема, таким ознакам як діяння, суспільна небезпека і винність. Така ознака як "діяння", тобто дія чи бездіяльність – це завжди має бути свідомий акт поведінки людини. Навіть якщо діяння вчиняється у формі бездіяльності, у людини має бути можливість вчинити певну законну дію і уникнути відповідальності. Так, незаконне збагачення (в останній редакції) може вчинятися шляхом дії, але не завжди. Зокрема, у випадку перерахування на рахунок службової особи грошей без її відома, або якщо особа до вступу на посаду набула певні активи, відсутнє *саме діяння* (дія чи бездіяльність) як ознака злочину: якщо на рахунок службової особи невідомою особою перерахована певна сума грошей, то тут уже службова особа нічого зробити не зможе: навіть якщо вона зніме готівку в банкоматі та викине гроші, все одно правоохоронні органи зафіксують таку суму на рахунку службової особи. І хоча логічно припустити, що особу "підставили", правоохоронні органи все одно можуть сказати, що набуття активу у власність вже відбулося, а це підстава застосування ураженої вірусом правової норми.

Щодо винності, то будь-який злочин – це обов'язково винне діяння. Одна з чотирьох форм вини (прямий умисел, непрямий умисел, злочинна недбалість чи злочинна самовпевненість) має бути обов'язковою ознакою складу злочину. Тож, чи можна говорити, про бодай яку-небудь форму вини, якщо особа, наприклад, не знає вартість своїх активів, володіє ними випадково або якщо їх вартість змінилася. Взагалі, до питання про суб'єктивну сторону даного діяння слід додати таке: ст.20 Конвенції рекомендує державам-учасницям криміналізувати *умисне* незаконне збагачення, проте дана ознака незаконного збагачення не відображена в КК. Так, форма вини зазначається у науково-практичних коментарях як прямий умисел, проте вона ж не зазначена в самій статті. Взагалі

аналіз норм КК дозволяє зробити такий висновок: якщо в диспозиції вказується слово "умисне", то форма вини – прямий або непрямий умисел, якщо вказано слово "необережне", то форма вини злочинна недбалість, чи злочинна самовпевненість; а якщо форма вини взагалі не вказана, то це дозволяє зробити висновок, що ... форма вини – тільки прямий умисел. Так, дійсно, в ст.115 КК вказано "умисне вбивство", форма вини – прямий чи непрямий умисел, а в ст.152 (зґвалтування) та 185 (крадіжка) форму вини не вказано, проте дані злочини: і крадіжка, і зґвалтування вчиняються лише з прямим умислом. Однак у статті "незаконне збагачення" відсутня вказівка на форму вини, і відсутність формулювання "умисне незаконне збагачення" може у правозастосовувача створити ілюзію того, що злочин може вчинятися з непрямим умислом, або взагалі з будь-якою формою вини, що суперечить Конвенції.

Щодо суспільної небезпеки, то вона є оціночною категорією. Так, одні вчені вважають, що кримінальним правопорушенням притаманний найвищий ступінь суспільної небезпеки, інші – що іншим правопорушенням (дисциплінарним, адміністративним) притаманна суспільна шкода, а не суспільна небезпека. Проте, на нашу думку, у цьому випадку суспільна небезпека відсутня взагалі. Ну не є суспільно небезпечним (і навіть не є суспільно шкідливим), якщо особа живе невідповідно до своїх доходів. Суспільно небезпечною може бути попередня незаконна поведінка. Однак це не аксіома, така поведінка не обов'язково передуює незаконному збагаченню. На нашу думку, криміналізуючи незаконне збагачення, законодавець констатує не стільки високий рівень корупції, скільки неефективний рівень роботи правоохоронних органів. Якщо застосувати міркування за аналогією, то особа, яка вчинила крадіжку, також незаконно збагатилася, однак у даному випадку правоохоронні органи та прокуратура мають довести саме факт крадіжки, а не факт того, що особа живе невідповідно до своїх доходів, це звісно може бути доказом крадіжки, однак одного цього доказу недостатньо для доведення вини. І суспільно небезпечною є саме крадіжка, а не життя невідповідно до своїх доходів. Отже, можна зробити висновок, що даний злочин не відповідає таким ознакам, як діяння, винність, суспільна небезпека.

Обмеження в цивільній дієздатності посадових осіб

Слід вказати, що таке формулювання (остання редакція) обмежує у цивільній дієздатності посадових осіб. І не тільки КК обмежує, а й, зок-

рема, ст.24 Закону України "Про запобігання корупції" встановлює обмеження на одержання подарунків для посадових осіб [14]. Так, із зрозумілих причин у цивільній дієздатності обмежуються малолітні, неповнолітні, обмежено дієздатні та недієздатні особи. Однак питання, чи доцільно обмежувати повністю цивільно дієздатних посадових осіб? Взагалі, тут дійсно питання вже цивілістичне: а наскільки відповідає принципам права таке обмеження?

Корупція і "тіньова економіка"

Якщо порівняти корупцію з таким явищем як тіньова економіка, то багато людей або "працюють неофіційно", або працюють "напівофіційно": частину заробітної плати отримують офіційно, а частину "в конверті". На нашу думку, таке явище спричинює не меншу шкоду, ніж корупція (хоча тут є також корупція). Однак громадяни не цураються неофіційної роботи, а юридична відповідальність за це передбачена лише для роботодавців, а не для працівників. Хоча якби громадяни відмовлялися би влаштуватися на неофіційну роботу, можливо роботодавці були би змушені пропонувати лише офіційну роботу. І виходить, що "неофіційно працюючі" громадяни також живуть невідповідно до своїх доходів, проте це правоохоронними органами не контролюється. Як на нас, ступінь суспільної небезпеки в даному випадку не менший, а навіть більший.

Політика і незаконне збагачення

Слід вказати на політичну ситуацію, яка була тоді, в 2019 році. Йшла підготовка до президентських виборів, і за місяць до першого туру виборів Конституційний Суд декриміналізує "незаконне збагачення". Таке рішення сильно било по репутації тодішнього Президента, кандидата у Президенти Петра Порошенка: оскільки пересічний громадянин розумів одне: всіх осіб, підозрюваних у незаконному збагаченні, звільнять від відповідальності. І цим скористався кандидат у Президенти Володимир Зеленський, пообіцявши внести в Кодекс нову статтю про незаконне збагачення. Отже, політичні ігри призвели до повторної появи законодавчого вірусу в КК.

Насамкінець, слід додати, що кримінальне право є крайнім заходом впливу на поведінку людини: коли вичерпуються всі інші можливі заходи впливу на людину (адміністративні, трудові). І постійне посилення санкцій (нині санкція передбачає вже позбавлення волі від п'яти до десяти років) не є ефективним засобом боротьби з корупцією. Навіть у сталінські часи людей не зупиняла можливість застосування найжорстокіших санкцій.

Висновки

1. Основою статті Кримінального кодексу України про незаконне збагачення є ряд об'єктивних факторів, які стосуються не цього злочину, а суміжних складів злочину. Відступ від принципу "презумпції невинуватості" автоматично веде до істотного звуження традиційних конституційних та кримінально-правових принципів і не може бути обґрунтованим ні за яких обставин.

2. Визнання Конституційним Судом України статті "незаконне збагачення" неконституційною стало важливим кроком на шляху до утвердження України як суверенної і незалежної, демократичної, правової держави.

3. Зважуючи на те, що Конвенційна норма є рекомендаційною, слід ставити питання про можливість вилучення з Кримінального кодексу

України статті 368-5 "незаконне збагачення".

4. Продовжуватимуть здійснювати свою охоронну та превентивну функцію кримінально-правові норми, закріплені в статтях 191, 198, 209, 365, 368 та інших статтях Кримінального кодексу України.

Конфлікт інтересів

Автор статті повідомляє про відсутність конфлікту інтересів.

Вираз вдячності

Автор висловлює подяку доктору юридичних наук, професору, професорці кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Демидовій Л.М. за цінні поради у написанні статті.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Киричко В. М. Законодавчий вірус в системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст.368-2 КК "незаконне збагачення". *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 142–151.
2. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України: від 26.02.2019 № 1-п/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text>.
3. 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 № 263–IX *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 2. Ст. 5.
4. Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. Вип. 1. С. 129–142.
5. Рубашенко М. А. Незаконне збагачення: міфічна природа та приховані загрози криміналізації. *Вісник асоціації кримінального права*. 2019. № 1 (12). С. 1–31.
6. Kliegel Thomas. Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung: Internationale Korruptionsbekämpfung und rechtsstaatliche Garantien. *Nomos Verlag*. 1. Auflage. 2013.
7. Snider Thomas R., Kidane Won. Combating Corruption through International Law in Africa: A Comparative Analysis. *Cornell International Law Journal*: 2007. Vol. 40: Iss. 3, Article 4.
8. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції: від 18.10.2006 № 251–V. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 49. Ст. 496.
9. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341–III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
10. Киричко В. М. Про захист системи кримінального кодексу України від законодавчого вірусу, спричиненого процесами глобалізації та іншими факторами. *Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації*: матеріали міжнародного науково-практичного круглого столу, присвяченого пам'яті академіка В. В. Сташиса (м. Харків, 15 травня 2020 р.). Харків, 2020. С. 170–174.
11. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
12. Теорія держави і права / О. В. Петришин та ін. ; ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2015. 368 с.
13. Кримінальне право України: Загальна частина / Ю. В. Баулін та ін. ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація.; Харків: Право, 2010. 456 с.
14. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.

REFERENCES

1. Kyrychko, V. M. (2016). Zakonodavchyy virus v systemi KK Ukrayiny: vyznachennya i aktualizatsiya problemy na prykladi st.368-2 KK "nezakonne zbahachennya" [Legislative virus in the system of the

- Criminal Code of Ukraine: definition and actualization of the problem on the example of Article 368-2 of the Criminal Code "illegal enrichment". *Problemy zakonnosti*, (133). 142–151 (in Ukr.).
2. *Rishennya Konstytutsiynoho sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynym podannym 59 narodnykh deputativ Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny* [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petition of 59 people's deputies of Ukraine on compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine]. (26.02.2019 No 1-r/2019). Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text> (in Ukr.).
 3. Pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv Ukrayiny shchodo konfiskatsiyi nezakonnykh aktyviv osib, upovnovazhenykh na vykonannya funktsiy derzhavy abo mistsevoho samovryaduvannya, i pokarannya za nabuttya takykh aktyviv [On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning the Confiscation of Illegal Assets of Persons Authorized to Perform State or Local Self-Government Functions and Punishment for Acquisition of Such Assets]. *Zakon Ukrayiny* (31.10.2019 No 263–9) *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 2020. (2). 5 (in Ukr.).
 4. Dudorov, O. O. (2017). Kryminal'no-pravovi aspekty nezakonnoho zbahachennya (pohlyad teoretyka v ochikuvanni sudovoyi praktyky) [Criminal law aspects of illicit enrichment (the view of the theorist in anticipation of judicial practice)]. *Yurydychnyy naukovyy elektronnyy zhurnal*, (1). 129–142 (in Ukr.).
 5. Rubashchenko, M. A. (2019). Nezakonne zbahachennya: mifichna pryroda ta prykhovani zahrozy kryminalizatsiyi [Illegal enrichment: mythical nature and hidden threats of criminalization]. *Visnyk asotsiatsiyi kryminal'noho prava*, 1(12). 1–31 (in Ukr.).
 6. Kliegel Thomas. (2013). Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung: Internationale Korruptionsbekämpfung und rechtsstaatliche Garantien. *Nomos Verlag*. 1. Auflage.
 7. Snider, Thomas R., & Kidane, Won. (2007). Combating Corruption through International Law in Africa: A Comparative Analysis. *Cornell International Law Journal*, 40(3). 4.
 8. Konventsiya Orhanizatsiyi Ob'yednanykh Natsiy proty koruptsiyi [United Nations Convention against Corruption]. (18.10.2006 No 251–5). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 2007, (49). 496 (in Ukr.).
 9. Kryminal'nyy kodeks Ukrayiny [Criminal codex of Ukraine]. *Zakon Ukrayiny* (05.04.2001 No 2341–3). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, (25–26). 131 (in Ukr.).
 10. Kyrychko, V. M. (2020). Pro zakhyst systemy kryminal'noho kodeksu Ukrayiny vid zakonodavchoho virusu, sprychynenoho protsesamy hlobalizatsiyi ta inshymy faktoramy [On the protection of the criminal code of Ukraine from the legislative virus caused by globalization and other factors]. In: *Kryminal'ne pravo v umovakh hlobalizatsiyi suspil'nykh protsesiv: tradytsiyi ta novatsiyi: materialy mizhnarodnoho nauково-praktychnoho kruhloho stolu, prysvyachenoho pam'yati akademika V. V. Stashysa* (m. Kharkiv, 15 travnya 2020 r.). Kharkiv (s. 170–174) (in Ukr.).
 11. Konstytutsiya Ukrayiny [Constitution of Ukraine]. *Zakon Ukrayiny* (28.06.1996 No 254k/96-VR). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, (30). 141 (in Ukr.).
 12. Petryshyn, O. V. et al. ; Petryshyn, O. V. (Red.). (2015). *Teoriya derzhavy i prava* [Theory of state and law]. Kharkiv: Pravo (in Ukr.).
 13. Baulin, YU. V. et al. ; Stashys, V. V., & Tatsiy, V. YA. (Reds.). (2010). *Kryminal'ne pravo Ukrayiny: Zahal'na chastyna* [Criminal law of Ukraine: General part]. Kharkiv: Pravo (in Ukr.).
 14. Pro zapobihannya koruptsiyi [On the prevention of corruption]. *Zakon Ukrayiny* (14.10.2014 No 1700–7). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, (49). 2056 (in Ukr.).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО СТАТТЮ (ARTICLE INFO)

Published in:
 Форум права: 63 pp. 24–31 (4).

Related identifiers:
 10.5281/zenodo.4095312
http://forumprava.pp.ua/files/024-031-2020-4-FP-Mykhailyn_5.pdf
http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2020_4_5.pdf

License (for files):
 Creative Commons Attribution 4.0 International

Received: 10.09.2020
Accepted: 25.09.2020
Published: 29.09.2020

Cite as:
 Михайлин, А. І. (2020). Стаття Кримінального кодексу 368-5 "незаконне збагачення" як законодавчий вірус у системі кримінального права України. *Форум Права*, 63(4). 24–31. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4095312>.

Mykhailyn, A. I. (2020). Statyia kryminal'noho kodeksu 368-5 "nezakonne zbahachennya" yak zakonodavchyy virus u systemi kryminal'noho prava Ukrayiny [Article of Criminal Code 368-5 "Illegal Enrichment" As a Legislative Virus in the Criminal Law System of Ukraine]. *Forum Prava*, 63(4). 24–31. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4095312>.