

УДК 343.1

**КРИМІНАЛЬНИЙ ПОЗОВ ЯК НЕОБХІДНИЙ ІНСТРУМЕНТ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗОВАНИЙ КОРУПЦІЇ****CRIMINAL COMPLAINT AS A NECESSARY TOOL OF CRIMINAL
AND LEGAL COUNTERACTION TO INSTITUTIONALIZED CORRUPTION**

Михайленко Д.Г.,
*кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

У статті аргументується, що громадянське суспільство не може проводити дієвий контроль над владою з ціллю недопущення корупції без відповідного ефективного та доступного для використання правового інструментарію, елементи якого повинні пронизувати всю систему антикорупційного законодавства. Критично розглядаються законопроекти щодо введення інститутів кримінального провадження у формі громадського обвинувачення та у формі приватного кримінального переслідування. Обґрунтовується необхідність та доцільність введення інституту кримінального позову у якості елементу механізму кримінально-правової протидії корупції. Вирішуються кримінально-правові проблеми впровадження такого позову.

Ключові слова: корупція, корупційні злочини, незаконне збагачення, декларування недостовірної інформації, кримінальний позов.

В статье аргументируется, что гражданское общество не может проводить действенный контроль над властью с целью недопущения коррупции без соответствующего эффективного и доступного для использования правового инструментария, элементы которого должны пронизывать всю систему антикоррупционного законодательства. Критически рассматриваются законопроекты о введении институтов уголовного производства в форме общественного обвинения и в форме частного уголовного преследования. Обосновывается необходимость и целесообразность введения института уголовного иска в качестве элемента механизма уголовно-правового противодействия коррупции. Решаются уголовно-правовые проблемы внедрения такого иска.

Ключевые слова: коррупция, коррупционные преступления, незаконное обогащение, декларирование недостоверной информации, уголовный иск.

Article argues that civil society cannot carry out an effective control of government in order to prevent corruption without appropriate, effective and available legal tools, elements of which should pierce whole system of anti-corruption legislation. Draft laws on introduction of institutions of criminal proceedings in form of public prosecution and private criminal prosecution are critically examined. The necessity and advisability of introducing of Criminal Complaint institution as a part of mechanism of criminal and legal counteraction to corruption are proved. Criminal and legal problems of implementation of such complaint are solved.

Key words: corruption, corruption crimes, illicit enrichment, inadequate information declaration, criminal complaint.

Актуальність теми. У наукових роботах роль інститутів громадянського суспільства у процесі протидії корупції хоча і розглядається достатньо широко, але все ж не враховується, що такий незалежний та мотивований суб'єкт антикорупційного механізму може задіювати (окрім іншого) і кримінально-правові інструменти. Узагальнення наукових досліджень щодо протидії корупції, у яких розглядається роль громадянського суспільства у цьому процесі, а також розкриття способів реалізації його інститутами антикорупційного потенціалу, показує, що застосування можливостей кримінального права знаходиться без належної уваги науковців.

За таких умов у розпорядженні громадянського суспільства залишаються засоби, якими формується інформаційна прозорість та контроль при здійсненні актів управління, надається гласності актам корупції, які виявлені правоохоронними органами, створюються інформаційні площі для повідомлення та обговорення корупційних правопорушень тощо. Між тим, як показує фактичний стан справ, описані можливості слабо впливають на корупційні практики і фактично не призводять до значного їх обмеження.

Крім того, можлива протидія зазначеним вище засобам зі сторони держави в особі залучених у такі корупційні практики осіб за допомогою підконтрольних ЗМІ. Так, за висновком С.О. Денисова інформаційна політика сучасної Російської держави спрямована на перешкоджання розвитку громадянського суспільства і політичної системи, які змогли б ефективно протидіяти корупції. Залежні від державного апарату ЗМІ замовчують факти корупції, особливо у вищих ешелонах влади. Їм дозволяється здійснювати тільки дозовану критику дрібних чиновників, показуючи при цьому бурхливу діяльність керівників держави у боротьбі з корупцією та підтримуючи міф про «доброту царя і поганих бояр». Перед ними ставиться завдання забезпечення довіри громадян до держави. Населення таким чином переконують, що апарат держави сам впорється зі своїми «хворобами» без допомоги інститутів громадянського суспільства [7].

Також слід звернути увагу, що ефективність наведених вище засобів громадянського суспільства передбачає подальше належне застосування правоохоронними органами вже правових механізмів, які наразі, як було встановлено вище, значною мірою залежать від фактору «політичної волі» та інших чинників. Описана ж вище діяльність державного апарату РФ по стримуванню інформації щодо дійсних об'ємів корупції яскраво підтверджує необхідність передання у руки громадянського суспільства ефективних антикорупційних інструментів.

Таким чином очевидно, що громадянське суспільство не може проводити дієвий контроль над владою з ціллю недопущення корупції без відповідного ефективного та доступного для використання правового інструментарію, елементи якого повинні пронизувати всю систему антикорупційного законодавства, у тому числі і кримінального. Саме обґрунтування такого елементу моделі механізму кримінально-правової протидії корупції, як кримінальний позов, який би дозволив більш ефективно включити ресурси громадянського суспільства і обумовлював актуальність цього дослідження.

У науковій літературі обґрунтована необхідність та доцільність упровадження інституту кримінального позову російськими вченими О.С. Александровим та В.Є. Гуцєвим, які висвітлювали питання субсидіарного кримінального позову, а також Н.С. Петровою, яка описала концепцію

неофіційного обвинувачення. Разом із тим у роботах наведених авторів зазначена проблематика вирішується на загальному рівні у зв'язку з кримінально-процесуальними проблемами без конкретизації висновків щодо особливостей окремих груп злочинів. При цьому специфіка і соціальна обумовленість кримінального позову щодо корупційних злочинів взагалі не розкривалися, що обумовлює необхідність подальших наукових досліджень у цьому напрямку. Окрім цього, М.І. Хавронюк указав на проблеми реалізації інституту кримінального позову через ґрунтовну критику положень законопроекту № 4607 від 31.03.2014 року [18], чим показав шлях до удосконалення цього інституту.

Із урахуванням викладеного, заслуговує на увагу точка зору С.М. Зубарева, за якою система встановлених у законодавстві якісних юридичних засобів контролю, адекватність та ступінь їх використання не тільки підвищують ефективність громадської контрольної діяльності, але і належним чином забезпечують досягнення цілей публічного управління, реалізацію прав і свобод громадян. При цьому зазначений вчений встановлює тенденцію, за якою проходить поступове заміщення організаційних форм громадського контролю (не тягнуть правових наслідків) правовими (регламентуються правовими нормами і мають юридичне значення) [9, с. 803, 805].

У руслі цієї тенденції звертає на себе увагу, що відповідно до преамбули Конвенції ООН проти корупції для забезпечення ефективності запобігання та викорінювання корупції держави повинні співпрацювати одна з одною за підтримки й участі окремих осіб і груп, які не належать до державного сектора, таких як громадянське суспільство, неурядові організації та організації, що функціонують на базі громад.

Зазначене положення не варто сприймати як формальну декларацію, воно повинне стати принципом побудови антикорупційної системи України, що означає таку її організацію і нормативне врегулювання, коли недержавний сектор має можливість реально та ефективно брати участь у протидії корупції, зокрема самостійно виявляти корупційні злочини та передавати таку інформацію для реагування у правоохоронні органи.

При цьому під виявленням корупційних злочинів тут розуміється безпосереднє встановлення ознак складу злочину (незаконного збагачення) структурами громадянського суспільства без участі правоохоронних органів на підставі відкритих даних про задекларований майновий стан та зібраної інформації про фактичне майнове становище службової особи. У такій ситуації значно знижується латентність корупції і створюються незалежні та, що головне, мотивовані на реальну боротьбу з корупцією суб'єкти. Останнє обумовлюється тим, що громадянське суспільство є головною жертвою корупції і жодним чином не може (на відміну від суб'єктів владних повноважень та бізнесових структур) отримувати від неї користь.

Крім того, недержавні суб'єкти (громадяни, структури громадянського суспільства тощо) є не тільки природно найбільш мотивованими на протидію корупції суб'єктами, а й найбільш багаточисленними, що додатково показує високий потенціал їх залучення до механізму протидії корупції. Інакше боротьба «бджіл проти меду» буде продовжуватися вічно.

У цьому контексті також звертає на себе увагу те, що існування норми про незаконне збагачення як елемента завершального рубежу протидії корупції та норми про декла-

рування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України) як елемента попереднього рубежу протидії корупції, відкриває можливість вести таку протидію в об'єктивно існуючій ситуації пригніченості політичної волі на це, що кардинально змінює основи існуючої системи корупційних злочинів.

Останнє розширює розуміння наведеного конвенційного положення у порівнянні зі ст. 13 Конвенції ООН проти корупції, та можливе лише за умови конструювання складів корупційних злочинів з такими ознаками, які легко піддаються виявленню без застосування слідчо-оперативних заходів. Саме такими складами злочинів є незаконне збагачення у значенні ст. 20 Конвенції ООН проти корупції та декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України), що підтверджується, зокрема, власними спостереженнями громадян або численними повідомленнями ЗМІ про надмірні статки окремих службовців чи про їх розкішний спосіб життя тощо.

У наукових публікаціях відзначається, що модернізація механізму кримінально-правового регулювання дозволяє перетворити існуюче правозастосування і припускає інноваційні зміни у цій галузі, передбачає розмежоване вивчення кримінального права у рамках необхідних юридичних кордонів, прояв стратегії правових цінностей, вдосконалення правореалізації. Отже, реформування національного кримінального законодавства має супроводжуватися пошуком нових форм поєднання публічного та приватного, імперативного і диспозитивного [11, с. 5].

За дослідженням О.М. Поліщук приватноправові засади у кримінальному праві України сучасного періоду розвиваються з моменту прийняття КК України 2001 року, а особливо стрімке їх поширення спостерігається протягом 2011–2012 р.р. У багатьох же європейських країнах (Франція, Німеччина, Швейцарія тощо) ця тенденція стала визначальною з 60-х р.р. минулого століття, розвиваючись, зокрема, в аспекті розширення сфери застосування приватного кримінального переслідування. Поширення приватноправових засад є результатом не тільки бажання догодити «найвищій соціальній цінності», надаючи певної кримінально-значущої свободи волевиявлення, але й банальної неспроможності держави в особі правоохоронних органів ефективно виконувати функцію протидії злочинності та відповідає чинному періоду розвитку українського законодавства та суспільства [15, с. 10–11].

Таким чином, надання структурам громадянського суспільства та окремим громадянам можливості напряду (без обов'язкової участі правоохоронних органів) використовувати кримінально-правовий інструментарій протидії корупційним злочинам є соціально обумовленим кроком в умовах тотального поширення корупції в Україні, зважаючи на її властивості, як інституціоналізованої практики, і враховуючи відомі перешкоди для ефективної антикорупційної діяльності лише силами владних структур.

Із урахуванням наведеного, доцільним та перспективним для активізації ролі структур громадянського суспільства у протидії корупції через поширення приватноправових засад у кримінальному праві України є надання права кожному громадянину України ініціювати кримінальний позов до чиновника у разі виявлення збільшення його майнових активів, що є непропорційним його легальним доходам, а також встановлення подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, що передбачена Законом України «Про запобігання корупції», або умисного неподання ним зазначеної декларації.

Задоволення такого позову повинно мати наслідком винесення обвинувального вироку та застосування санкції ст. 368–2 КК України чи ст. 366–1 КК України до суб'єкта владних повноважень.

При цьому варто звернути увагу, що у науковій літературі обґрунтовується положення, за яким у громадянському суспільстві кожен громадянин повинен мати право на кримінальний позов, як засіб відновлення справедливості,

адже у вільній країні громадянин є гарантом права [1, с. 78]. Така точка зору була підтримана проф. Ю.М. Грошевим [6, с. 139]. Разом із тим, на думку В.Т. Маляренка, у сучасних державах публічні позови громадян, які особисто не постраждали від злочину, можуть зробити судову владу непрацездатною [10].

Між тим слід погодитися з висновками Н.Є. Петрової [14, с. 191–192], отриманими у результаті спеціального наукового дослідження, за якими кримінальний процес у демократичній державі будується на основі широкої участі громадськості у здійсненні основних процесуальних функцій (у тому числі обвинувачення), що передбачає усунення монополії державних органів на ведення кримінального переслідування. При цьому висувається поняття неофіційного звинувачення, яке розуміється, як самостійний вид переслідування злочинів, зміст якого становить врегульована кримінально-процесуальним правом публічна діяльність з переслідування і викриття осіб, які вчинили злочин, здійснювана приватними особами, які добровільно прийняли на себе права та обов'язки обвинувачів, і внаслідок цього володіють процесуальною самостійністю, що використовують зазначені права на засадах диспозитивності і несуть встановлену для обвинувача відповідальність. Тут варто погодитися, що значення неофіційного звинувачення має філософсько-психологічний, політологічний та правовий аспекти. У філософсько-психологічному плані неофіційне звинувачення виступає, як засіб реалізації потреб індивіда у справедливості і відплаті за скоєне. У політологічному сенсі право приватних осіб на здійснення кримінального переслідування розглядається, як демократичний елемент у здійсненні судової влади. Правове значення неофіційного звинувачення має дві сторони: воно виступає і як засіб захисту порушених злочином прав і законних інтересів, і як спосіб контролю і корекції діяльності органів держави у галузі переслідування злочинів.

Критика інституту приватного кримінального позову в основному ґрунтується на тезі про об'єктивні закономірності розвитку та укріплення державної влади, покладення на державу функції забезпечення публічних інтересів. При цьому кримінальний позов представляється, як стародавній правовий інструмент, який із удосконаленням способів розкриття злочинів показав свою невідєвність.

Так, зазначається, що обвинувачення все більш відокремлювалося від позову у міру розвитку і зміни характеру кримінального переслідування. Поступово, коли державна влада набуває все більш централізований характер, а кримінальний процес стає розшуковим, кримінальне переслідування переходить до держави (від потерпілого). Держава зосереджує у своїх руках дану діяльність, однак при цьому приймає на себе відповідальність по захисту не лише державних, а й громадських і приватних інтересів, що полягають у тому, щоб особи, які вчинили злочини, були покарані [12, с. 90]. При цьому функція кримінального переслідування переходить у розряд невідємних атрибутів державної влади [13, с. 13].

Разом із тим описані вище властивості сучасної корупційної злочинності показують, що держава, монополізувавши кримінальне переслідування, не виконує невідємне від цього завдання – захист публічних інтересів від корупційних злочинів шляхом гарантування притягнення до кримінальної відповідальності корупціонерів. У цьому яскраво проявляється «фактор політичної волі» та інші перешкоди у протидії корупції, які будуть описані в окремій роботі. Більш того, у кінцевому рахунку виявляється, що корупціонери знаходяться під захистом державної влади, яка їм і належить.

Таким чином, у контексті, що обговорюється, корупційні злочини вирізняються своєю особливістю, яка полягає у тому, що монополізувавши можливість їх кримінального переслідування, держава не спроможна забезпечити його ефективність щодо корупційної злочинності, оскільки

ки саме особи, яким і належить така влада, поглинені корупційними мережами і часто є також корумпованими.

Викладене показує на необхідність перегляду зазначеної монополії держави у сфері кримінально-правової протидії корупції і конструювання таких правових інструментів, які були б ефективними у межах інституту кримінального позову.

У контексті дискусії щодо доцільності та соціальної обумовленості інституту неофіційного звинувачення звертає на себе увагу та обставина, що саме у сфері протидії корупційним злочинам в Україні існує високий запит суспільства щодо необхідності контролю і корекції правоохоронної та судової діяльності, відчувається значна потреба суспільства у відновленні справедливості, порушенні поширенням корупційної злочинності у державі, а також у відплаті за спричинені корупціонерами руйнівні наслідки. Зазначене підтверджується тим, що у тому числі з огляду на необхідність вирішення наведених проблем в Україні відбувалися масові заходи протесту у вигляді Помаранчевої революції (2004 рік) і у вигляді Революції гідності (листопад 2013 року – лютий 2014 року).

З огляду на наведене, в Україні сформувалася необхідність упровадження інституту неофіційного звинувачення щодо корупційних злочинів.

Механізм, який по своїй суті відповідав окресленому вище неофіційному звинуваченню, уже пропонувався в Україні у законопроекті № 4607 від 31.03.2014 року «Про внесення змін до чинного законодавства України щодо прав громадян у боротьбі з корупцією та зловживанням владою» [18] (далі також – законопроект № 4607), був послідовно та аргументовано розкритикований проф. М.І. Хавронюком [20] та отримав негативний висновок Головного науково-експертного управління [3]. На думку О.Ю. Бусол [2, с. 107] загальний підхід розробників наведеного законопроекту полягає у внесенні мінімальних текстувальних змін, необхідних для впровадження в українське право цілком нового інституту приватного кримінального переслідування.

Так, інститут приватного кримінального переслідування за законопроектом № 4607 повинен був мати такі основні характеристики:

1. Приватне кримінальне переслідування пропонувалося починати з моменту подання до суду обвинувальної заяви, виключаючи тим самим проведення досудового розслідування у його межах.

2. Приватне кримінальне переслідування пропонувалося провадити щодо окремих корупційних злочинів, перелік яких мав надаватися у ст. 41-3 КПК України і включав лише злочини, передбачені статтями 364, 365, 365-2, 366, 368 та 370 КК України. Визначення у такому вигляді кола корупційних злочинів, вчинення яких може стати підставою для звернення до суду з кримінальним позовом, по-перше, не враховує, що існують і інші не менш небезпечні та розповсюджені корупційні злочини, наприклад, – службове вкрадення (ч. 2 ст. 191 КК України), а по-друге, зводиться до тих злочинів, доказування ознак складів яких є складним навіть для спеціально уповноважених на те правоохоронних органів, а для приватного обвинувача буде фактично неможливим. Із урахуванням таких зауважень незрозумілим є те, чому такі корупційні злочини, як незаконне збагачення та декларування недостовірної інформації, не увійшли до наведеного вище переліку, адже ознаки їх складів є найпростішими у доказуванні зі сторони обвинувачення, а норма про незаконне збагачення передбачає обов'язок надання доказів зі сторони захисту службової особи, що значним чином спрощує застосування інструментів приватного кримінального переслідування при збереженні можливості чиновника у разі його добросовісності простим способом захиститися від такого обвинувачення.

3. Пропонувалося, що обвинувачем у приватному кримінальному переслідуванні могла бути будь-яка фізична

або юридична особа, яка наділялася правом звертатися до суду з кримінальним позовом щодо наведених вище злочинів і підтримувати обвинувачення у суді, а також обов'язком доказування обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, у тому числі правом самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової.

4. Приватному обвинувачеві пропонувалося надати право під час судового провадження звертатися із клопотаннями про відсторонення від посади та про арешт майна службових осіб, у зв'язку із діяльністю яких був пред'явлений кримінальний позов, а також про проведення обшуку.

5. Пропонувалося визнавати допустимими докази, одержані у результаті незаконного використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, що є злочином відповідно до ст. 359 КК України. При цьому особи, які таким чином використали спеціальні технічні засоби, не підлягали кримінальній відповідальності за ст. 359 КК України, якщо отримана інформація могла бути використана у кримінальному провадженні, як доказ обвинувачення чи захисту щодо корупційного злочину, та була добровільно передана правоохоронним органам або суду у порядку приватного кримінального переслідування до повідомлення такої особи про підозру у вчиненні злочину.

Зазначений законопроект засіміспроб (двічі 09.04.2014р., а також 17.04.2014 р., 24.04.2014 р., 13.05.2014 р., 20.05.2014 р. та 17.06.2014 р.) народні депутати так і не змогли включити у порядок денний.

У подальшому відхилений Верховною Радою України законопроект № 4 607 був 02.12.2014 року у такому ж вигляді повторно внесений до законотворчого органу України, але у подальшому його суттєво доопрацювали і 23.03.2015 року разом із поданням були внесені на розгляд зміни у законопроект, пояснювальна записка та порівняльна таблиця до нього. Доопрацьований законопроект № 1 165 за сім спроб голосування (чотири спроби 21.04.2015 року та три спроби 22.04.2015 року) був взятий за основу та за дев'ять спроб голосування 22.05.2015 року був прийнятий у другому читанні та у цілому.

Головні відмінності законопроекту № 1 165 (у редакції, яка 22.05.2015 року прийнята як Закон України [16]) від законопроекту № 4 607 полягали ось у чому:

1. Пропонувалося, щоб громадський обвинувач, яким знову ж таки могла бути фізична або юридична особа, яка безпосередньо є потерпілою від кримінального правопорушення, або якій стало відомо про вчинення стосовно інших осіб визначеного КПК України кримінального правопорушення (фактично – будь-яка особа), подавав заяву або повідомлення про проведення кримінального провадження у формі громадського обвинувачення не безпосередньо до суду, як за законопроектом № 4 607, а слідчому або прокурору. При цьому передбачалися обмеження, за якими громадським обвинувачем не могла б бути особа, яка за своєю посадою зобов'язана виявляти і розслідувати кримінальні та інші правопорушення, вести боротьбу зі злочинністю або яка має судимість, цивільна дієздатність якої обмежена, або яка визнана у встановленому порядку недієздатною. У такій ситуації включалося досудове розслідування, швидкість та зміст якого контролювалися б слідчим та прокурором. Очевидно, що за таких умов з тих же причин, що і за нинішнього стану антикорупційного законодавства, неможливо ефективно обвинувачувати у корупційному злочині службову особу, яка займає високу посаду і відноситься до команди осіб, які у відповідний час є політичною владою.

2. Законопроект № 1 165 не тільки зберіг описані вище недоліки законопроекту № 4 607, пов'язані із визначенням кола злочинів, які могли бути підставами для кримінального провадження у формі громадського обвинувачення, а й поглибив їх, оскільки ще більше обмежив такі підстави,

запропонували обмежитися у таких випадках лише ст. 368 КК України та ст. 370 КК України. Перший із названих складів злочинів є найбільш складним для доказування серед корупційних злочинів, а другий – взагалі не відноситься до категорії корупційних згідно із приміткою до ст. 45 КК України. У цьому контексті знову привертають увагу норми про незаконне збагачення та про декларування недостовірної інформації як такі, що передбачають найбільш прості для доказування склади злочинів.

3. Громадський обвинувач, на відміну від приватного обвинувача, за законопроектом № 4 607 міг лише клопотати не безпосередньо до суду, а лише спочатку перед слідчим чи прокурором про те, щоб останні вносили клопотання вже до суду про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Таке положення значно знижувало кримінально-процесуальні можливості громадського обвинувача у порівнянні із приватним обвинувачем, а отже, і ефективність та оперативність самого інституту кримінального провадження у формі громадського обвинувачення, що ставило у залежність від фактора «політичної волі» не тільки питання притягнення корупціонера до кримінальної відповідальності, як це було показано вище, а й застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

4. Пропонувалося викласти ст. 359 КК України у новій редакції, що призвело б до декриміналізації незаконного придбання та збуту спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. При цьому злочином за наведеною статтею мало б визнаватися лише незаконне використання таких технічних засобів. Прямої вказівки щодо звільнення від кримінальної відповідальності громадського обвинувача за використання зазначених технічних засобів не містилося. Саме ж таке використання у системному тлумаченні із пропонованою ч. 5 ст. 87 КПК України, за якою докази, зібрані зазначеним суб'єктом за допомогою наведених технічних засобів, могли бути недопустимими тільки у разі встановлення факту їх підробки або редагування, не повинно було б визнаватися незаконним, і у зв'язку з цим не утворювало складу злочину, передбаченого ст. 359 КК України. Хоча у доопрацьованому законопроекті № 1 165 станом на 23.03.2015 року [17] ст. 359 КК України взагалі пропонувалося виключити. Проте найголовнішим обмеженням прав громадського обвинувача у порівнянні з приватним обвинувачем за законопроектом № 4 607 було те, що його статус і пов'язані із цим права виникали лише після подання слідчому, прокурору заяви, повідомлення про вчинення відповідного кримінального правопорушення чи заяви про проведення кримінального провадження у формі громадського обвинувачення (пропонована редакція ч. 1, 2 ст. 59-1 КПК України). Таким чином, лише після подання слідчому чи прокурору таких заяв громадський обвинувач набував права збирати та надавати докази, у тому числі із застосуванням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. Очевидно, що за таких умов значно знижувалась ефективність та оперативність всього інституту кримінального провадження у формі громадського обвинувачення через усунення фактора раптовості та несподіваності для корупціонера фіксації технічними засобами його злочинної діяльності. Після набуття подання відповідних заяв до слідчого чи прокурора і набуття права збирати таким чином докази громадський обвинувач може зіткнутися із ситуацією, у якій чиновник, якого він підозрював у корупційних діях, раптово стане діяти виключно у рамках закону, що може обумовлюватися його попередженням із боку правоохоронних органів про те, що відносно нього ініційоване приватне кримінальне провадження.

Таким чином, інститут кримінального провадження у формі громадського обвинувачення передбачав значно нижчу активність структур громадянського суспільства у протидії корупції, ніж це пропонувалося законопроектом

№ 4 607. Низька ефективність та оперативність зазначеного інституту були пов'язані із тим, що громадські обвинувачі реалізовували всі свої ініціативи (клопотання про притягнення службової особи до кримінальної відповідальності та про застосування заходів забезпечення кримінального провадження) не безпосередньо через суд, а через та за участі слідчого чи прокурора. Крім того, значно було обмежено коло підстав кримінальної відповідальності (лише ті, що передбачені ст. ст. 368 та 370 КК України), які могли бути основою громадського обвинувачення, а також надано право збирати докази громадським обвинувачам лише після звернення із відповідними заявами до правоохоронних органів, що усувало фактор несподіванки.

У зв'язку із наведеним, інститут кримінального провадження у формі громадського обвинувачення суттєво залежав від «фактора політичної волі» та не міг значним чином вплинути на рівень корумпованості Української держави.

Разом із тим Президент України застосував право вето та повернув на повторний розгляд прийнятий Верховною Радою України 22 травня 2015 року Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі громадянського суспільства в боротьбі з корупційними злочинами». При цьому Президент України дійшов висновку, що положення цього Закону спричиняють ризики порушень прав і свобод людини, не відповідають Конституції України, базовим законодавчим актам, міжнародним зобов'язанням України у сфері боротьби із корупцією, інтересам забезпечення національної безпеки, у зв'язку з чим запропонував його відхилити. Натомість глава держави вважає за необхідне зосередити зусилля державних органів та інститутів громадянського суспільства на забезпеченні ефективної та дієвої реалізації існуючих законодавчих норм щодо протидії і боротьби з корупцією та участі громадськості у цьому процесі [19].

Не вдаючись до опису значної кількості недоліків процесуального характеру пропонованого законопроектом № 4 607 інституту приватного кримінального переслідування та пропонованого законопроекту № 1 165 інституту кримінального провадження у формі громадського обвинувачення, на які звертали увагу Головне науково-експертне управління [3] та Головне юридичне управління [8], і які, як видається, можна було б усунути шляхом доопрацювання проекту, слід окреслити їх основні сутнісні проблеми, які не були пов'язані із зробленим вище висновком про низьку ефективність та неоперативність другого інституту. Тут звертає на себе увагу та обставина, що хоча наведені законопроекти значно відрізнялися один від одного текстуально, але характеризувалися одними і тими ж принциповими недоліками, які, зокрема, і лягли в основу пропозицій Президента України відхилити прийнятий на основі законопроекту № 1 165 Закон.

Так, варто погодитися з проф. М.І. Хавронюком, що надання невизначеному колу суб'єктів (громадянам, а тим більше – юридичним особам) права фактично проводити оперативно-розшукову діяльність (таємно слідкувати за іншими людьми, підключатися до їхніх телефонів, записувати їхні розмови, зустрічі тощо, знімати їхнє листування, контролювати їхнє життя у соціальних мережах і т. ін.) – це означає заохочувати правове свавілля і підривати основи державності. Невдовзі після прийняття закону, який це дозволить, з'являться фірми на кшталт колекторських, які професійно займуться, у тому числі в інтересах політичних опонентів та економічних конкурентів, збиранням інформації про державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування, нотаріусів, аудиторів та інших відповідних суб'єктів, з метою звільнити «цікаві» посади для інших людей. Почнеться війна з корупцією, переможців в якій не буде [20].

На таку ж проблему звернув увагу і Президент України [19], висновок якого був підтриманий Головним науково-

експертним управлінням [4]. Так, було зазначено, що права, які надаються Законом громадському обвинувачу, спричиняють ризики порушень Конституції і законів України, погіршення ситуації із дотриманням прав і свобод людини в державі, створюють загрози національній безпеці, чим нівелюється потенційний позитивний ефект від прийняття Закону. Зокрема, громадський обвинувач наділяється широкими повноваженнями щодо збирання доказів, у тому числі за допомогою використання будь-яких технічних засобів, що суперечить низці конституційних гарантій прав і свобод людини. Також необхідно враховувати, що надання приватним особам права використовувати технічні засоби несе суттєві загрози національній безпеці України. Зокрема, це сприятиме більш вільному використанню відповідних технічних засобів іноземними розвідками та дозволить їм використовувати їх під прикриттям збирання інформації для громадського обвинувачення.

У цьому аспекті знову виявляються переваги норми про незаконне збагачення у моделі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції та норми про декларування недостовірної інформації, оскільки вони у багатьох випадках не передбачають для встановлення ознак складу злочину необхідність використовувати спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації. У зв'язку із цим акцентована проблема усувається, що дозволить реалізувати інститут приватного кримінального переслідування корупційних злочинів без передання небезпечних інструментів у приватні руки, що пов'язане із суттєвим втручанням у передбачене ст. 32 Конституції України право людини на не допущення збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про неї. Крім того, за таких умов відпадає необхідність у механізмі контролю за такою діяльністю приватних осіб щодо дотримання законності та не буде створюватися підґрунтя для зловживань правом, що може унеможливити гарантування державою прав та свобод людини, передбачених Конституцією України. У тому числі у зв'язку із такими ризиками висловлював занепокоєння Президент України.

Крім того, пропонований законопроект № 4 607 інститут приватного кримінального переслідування містить небезпеку застосування його ресурсів для забезпечення корупціонерів від такого переслідування шляхом ініціювання звернення до суду із явно необґрунтованими кримінальними позовами з метою заблокувати через принцип *non bis in idem* можливу кримінальну відповідальність у результаті пред'явлення вже обґрунтованого кримінального позову щодо визначеного діяння. Так, проф. М.І. Хавронюк зазначає, що у разі відмови у відкритті кримінального провадження (у т. ч. через те, що приватний обвинувач не зміг зібрати і подати суду достатні докази) повторне відкриття кримінального провадження за одним і тим же фактом виключається (навіть якщо у офіційної сторони обвинувачення були наявні всі необхідні докази) у силу принципу *non bis in idem*, закріпленому й у ст. 19 КПК України, і – у більш широкому розумінні – у ст. 61 Конституції України та міжнародних актах [20]. По суті таке ж зауваження висловив і Президент України [19], який відмітив, що надання громадянам повноважень щодо підтримання обвинувачення у суді (з огляду на відсутність юридичної підготовки, практичних навичок, наявність яких не вимагатиметься) здебільшого призводитиме до низької якості здійснення кримінального переслідування та відсутності належної доказової бази у таких кримінальних провадженнях і, як наслідок, – винесення виправдувальних вироків щодо осіб, які насправді винні у вчиненні відповідних кримінальних правопорушень. Винесення такого вироку (враховуючи, що особа не може двічі притягатися до відповідальності за одне й те саме діяння) виключатиме можливість здійснення кримінального провадження по відповідних злочинах у загальному порядку, що навряд чи буде позитивним здобутком в аспекті боротьби з корупцією.

Враховуючи описані вище ризики зловживання правом звернення до суду із кримінальним позовом, ще раз виявляється перевага використання вже норми про незаконне збагачення у якості підстави здійснення приватного кримінального переслідування. Це пов'язується з тим, що використати наведену норму для звернення із необґрунтованим кримінальним позовом набагато складніше, оскільки спектр ознак складу злочину, які необхідно обґрунтувати, є невеликим (фактично їх дві – фактична величина майнових активів і її невідповідність задекларованим доходам), їх доведення не потребує використання складних інструментів доказування. Крім того, для уникнення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення службова особа із урахуванням приписів норми про незаконне збагачення має із свого боку обґрунтувати законність джерела походження майнових активів, щодо яких поданий такий позов, що ускладнює описане зловживання правом. Якщо ж законодавчо передбачити право прокуратури приєднуватися до такого кримінального позову чи можливість проведення досудового розслідування правоохоронними органами щодо факту незаконного збагачення навіть у разі відмови у задоволенні кримінального позову, то описаний вище ризик зловживання правом звернення до суду із кримінальним позовом буде ще менший. Щодо останнього випадку, то принцип *non bis in idem* порушуватися не буде, оскільки необхідно у разі явної необґрунтованості кримінального позову передбачити можливість постановлення не виправдовувального вироку, а рішення про відмову у задоволенні позову, що унеможливило б наступне приватне кримінальне обвинувачення цієї службової особи по такій же підставі, проте надавало б можливість правоохоронним органам у загальному порядку здійснити кримінальне переслідування службовця у разі достатніх на це підстав.

Таким чином, основні проблеми, які були притаманні інституту приватного кримінального переслідування, що пропонувався законопроектом № 4 607, та інституту кримінального провадження у формі громадського обвинувачення, який пропонувався законопроектом № 1 165, можна усунути, обмеживши підстави подання кримінального позову не всіма статтями про корупційні злочини, які закріплені у КК України, а лише статтями про незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України) та про декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України), оскільки у цьому випадку відпадає необхідність надавати цивільним суб'єктам право збирати докази із застосуванням заходів, які на сьогодні уповноважені вчинювати виключно правоохоронні органи. При забезпеченні відкритості інформації про майнові активи суб'єктів злочину (незаконного збагачення та декларування недостовірної інформації) [зокрема відкриття відомостей про визначення кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи, інформації Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування тощо (при цьому процес у розширенні транспарентності суб'єктів владних повноважень має тенденції до поглиблення)] з'явилася можливість (часто без застосування спеціальних повноважень) обґрунтовувати, що офіційні доходи чиновника не відповідають його майновим статкам, що буде зобов'язувати останнього у суді доводити законність джерела набуття відповідного майна, або ж встановити, що суб'єкт владних повноважень подав завідомо недостовірні відомості у декларації чи взагалі її не подав.

У разі ж, якщо чиновник, наприклад, не зможе обґрунтувати свою доброчесність у описаній ситуації, необхідно встановити, що суд виносить обвинувальний вирок, яким застосовує санкцію ст. 368-2 КК України. При цьому предметом кримінального позову слід визнавати не вимогу про покарання підсудного конкретним видом покарання із вказівкою його розміру, як це констатується у літературі

[12, с. 90], а вимогу визнати конкретного суб'єкта винним у вчиненні злочину, наприклад, незаконного збагачення, передбаченого відповідною статтею КК України. Несприятливі наслідки, які повинні застосовуватися до особи, яка у такому порядку буде визнана винною у вчиненні корупційного злочину, не можуть входити до предмета позову, і повинні обиратися виключно на підставі норм КК України, які регламентують правила призначення покарання і застосування, пов'язаних із цим інститутів.

При цьому важливим аспектом приватного кримінального переслідування є те, що будь-яка особа (громадський чи приватний обвинувач) повинна звертатися безпосередньо до суду із відповідним кримінальним позовом (назва документа не має принципового значення) до публічної службової особи, яка на його думку, допустила незаконне збагачення чи декларування недостовірної інформації.

Якщо ж заява про вчинення злочину буде обов'язково подаватися до слідчого чи прокурора, то втрачатимуться темпи у приватному кримінальному переслідуванні, воно буде пов'язуватися із включенням «фактора політичної волі», що для цілей ефективного та об'єктивного застосування Кримінального закону буде тільки шкодити. Більш того, проведення досудового розслідування у межах інституту приватного кримінального обвинувачення за ознаками незаконного збагачення є недоцільним, оскільки склад цього злочину передбачає перерозподіл тягара доказування таким чином, що і приватний обвинувач у великій кількості випадків буде у змозі обґрунтувати ті ознаки незаконного збагачення, які від сторони обвинувачення вимагає це робити КК України. Участь у таких справах спеціально уповноважених правоохоронних органів часто не зможе підсилити позицію сторони обвинувачення щодо конкретного майнового активу службової особи. Те ж саме стосується і кримінальних проваджень щодо декларування недостовірної інформації.

Проте доцільним також є передбачення у КПК України права прокуратури вступати у такі справи на стороні обвинувачення у разі, коли прокурор підтримує пред'явлений

кримінальний позов чи вважає його таким, що потребує додаткового обґрунтування.

Така модель включення норм про незаконне збагачення і про декларування недостовірної інформації активізує антикорупційний потенціал структур громадянського суспільства, узгоджується із встановленим положенням про неспроможність протидії корупції влади ресурсами самої влади та не пов'язана із наділенням приватних суб'єктів повноваженнями, які можуть спричинити шкоду національній безпеці України чи охоронюваним правам і законним інтересам окремих осіб.

Разом із тим реалізація зазначеної моделі передбачає застосування знань науки кримінального-процесуального права з тим, щоб створити процесуальний механізм такого рішення. Між тим, у науці кримінального права обґрунтованим є положення про те, що принцип диспозитивності має змішану матеріально-процесуальну природу, а відтак є міжгалузевим принципом у сфері кримінальної юстиції, при цьому матеріально-правова диспозитивність має бути первинною щодо кримінально-процесуальної диспозитивності. З урахуванням цього слід погодитися, що право на приватне кримінальне переслідування є диспозитивним правом потерпілого, і має бути з певними особливостями інкорпорованим у текст КК України [15, с. 5, 6–7].

Висновки. У зв'язку з тим, з точки зору норм матеріального права, при реалізації запропонованої моделі приватного кримінального переслідування у разі наявності ознак незаконного збагачення чи декларування недостовірної інформації слід обґрунтувати соціальну обумовленість наділення будь-яких осіб правом реалізовувати кримінальне переслідування у приватному порядку, що було зроблено вище, та передбачити його безпосередньо у ст. ст. 368-2 та 366-1 КК України. Крім того, слід вивчити можливість обмеження дії принципу презумпції невинуватості у ситуаціях застосування норми про незаконне збагачення, а також заблокувати можливі зловживання принципом *non bis in idem* з боку чиновників, як це запропоновано вище.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Александров А.С. Субсидиарный уголовный иск / А.С. Александров // Государство и право. – 2000. – № 3. – С. 75–83.
2. Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період : монографія / О.Ю. Бусол. – К : Ін Юре, 2014. – 564 с.
3. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до чинного законодавства України щодо прав громадян у боротьбі з корупцією та зловживанням владою» (до № 4607 від 31.03.2014 р.). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50482.
4. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 30.06.2015 року на Пропозиції Президента України до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі громадянського суспільства в боротьбі з корупційними злочинами» (до № 1 165 від 02.12.2014 року). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52602.
5. Гончаренко Г.С. Специфика уголовно-правового воздействия на преступления коррупционной направленности. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://cyberleninka.ru/article/n/spetsifika-ugolovno-pravovogo-vozdeystviya-na-prestupleniya-korruptsionnoy-napravlenosti.pdf>.
6. Грошевий Ю.М. Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії / Ю.М. Грошевий // Вісник академії правових наук України. – 2004. – № 3 (38). – С. 134–145.
7. Денисов С.А. Информационная политика Российского государства как условие для развития коррупции в стране / С.А. Денисов // Образование против коррупции: Сборник статей. – Волгоград: ВРОО «Юридическая народная школа», 2003. – С. 37–42.
8. Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України від 20.05.2015 року до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі громадянського суспільства в боротьбі з корупційними злочинами» (реєстраційний № 1 165). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52602.
9. Зубарев С.М. Механизм общественного контроля за деятельностью органов публичной власти / С.М. Зубарев // Lex russica. – 2014. – № 7. (Том XCII). – С. 798–812.
10. Маляренко В.Т. Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення / В.Т. Маляренко // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 7. – С. 2–11.
11. Мизанбаев А.Е. О поиске новой парадигмы модернизации механизма уголовно-правового регулирования / А.Е. Мизанбаев // Пробелы в российском законодательстве. – 2009. – № 2. – С. 170–176.
12. Михайлов А.А. Правовая природа и сущность обвинения в уголовном процессе России / А.А. Михайлов // Вестник Томского государственного педагогического университета. – 2006. – № 11. – С. 89–92. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-priroda-i-suschnost-obvineniya-v-ugolovnom-protsesse-rossii>.
13. Муравьев Н.В. Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности: Пособие для прокурорской службы. Прокуратура на Западе и в России. Т. 1 / Н.В. Муравьев, прокурор Моск. судеб. палаты. – М.: Унив. тип., 1889. – 552 с.
14. Петрова Н.Е. Частное и субсидиарное обвинение / Н.Е. Петрова. – Самара: Изд-во «Самарский университет», 2004. – 213 с.
15. Поліщук О.М. Приватноправові засади в кримінальному праві України: концептуальні аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О.М. Поліщук; кер. роботи В.О. Туляков; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2013. – 20 с.

16. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі громадянського суспільства в боротьбі з корупційними злочинами : Закон України у редакції, підписаній Головою Верховної Ради України від 04.06.2015 року за результатами розгляду законопроекту № 1 165 від 02.12.2014 року та направлений на підпис Президенту України. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52602.

17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі громадянського суспільства в боротьбі з корупційними злочинами : проект Закону України № 1165 від 02.12.2014 року (доопрацьований станом на 23.03.2015 року). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52602.

18. Про внесення змін до чинного законодавства України щодо прав громадян у боротьбі з корупцією та зловживанням владою : проект Закону України № 4607 від 31.03.2014 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50482.

19. Пропозиції Президента України від 19.06.2015 року до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі громадянського суспільства в боротьбі з корупційними злочинами». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52602.

20. Хавронюк М.І. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до чинного законодавства України щодо прав громадян у боротьбі з корупцією та зловживанням владою» (реєстр. № 4607 від 31 березня 2014 р.) / М.І. Хавронюк. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.org.ua/protydiiia-koruptsii/zakonodavstvo-ta-komentari/1633-vysnovok-na-proekt-zakonu-vavppro-vnesennia-zmin-do-chynnoho-zakonodavstva-ukrainy-shchodo-prav-hromadian-v-borotbi-z-koruptsiiei-ta-zlovzhyvanniam-vladoiu.html>.