

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Колісника В.П. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України

Конституційний Суд України Рішенням у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 (далі – Рішення) визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368² Кримінального кодексу України (далі – Кодекс).

Вважаю за доцільне на підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ викласти окрему думку з питань, які не були висвітлені у Рішенні, але є важливими в аспекті питання, яке розглядалося, а також зупинитися на прийнятності окремих аргументів і тверджень, які містить Рішення.

Недостатньо обґрунтованим та непереконливим вважаю твердження про те, що „законодавче визначення незаконного збагачення як злочину за умови, якщо сторона обвинувачення не виконує свого обов’язку збирати докази законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі, уможливорює перекладення цього обов’язку зі сторони обвинувачення (держави) на сторону захисту (підозрюваного або обвинуваченого)“ (абзац п’ятий пункту 5 мотивувальної частини Рішення). У такому випадку йдеться про можливе неефективне, нефахове, однобоке, поверхове правозастосування, тобто припускається неналежне виконання вимог процесуального законодавства, зокрема частини другої статті 17 Кримінального процесуального кодексу України, згідно з якою „ніхто не зобов’язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом“. Якщо допустити таке

неналежне правозастосування, то воно стане очевидним нехтуванням конституційного принципу презумпції невинуватості, насамперед припису частини другої статті 62 Конституції України щодо неприпустимості покладання на особу обов'язку доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

До того ж „прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень“ (частина друга статті 9 Кримінального процесуального кодексу України).

Однак Конституційний Суд України у Рішенні виходив із припущення щодо можливого недостатнього професіоналізму сторони обвинувачення, намагаючись сформулювати „презумпцію неефективного досудового слідства“ у справах, пов'язаних із незаконним збагаченням. Подібна презумпція могла б бути обґрунтованою, проте лише за умови всебічного і ретельного узагальнення судової практики за цією категорією справ, якої насправді немає. Саме тому в цьому аспекті узагальнювати в Україні на сьогодні практично нема чого.

Конституційний Суд України мав би зазначити у Рішенні, що „суб'єктом, який має підтвердити доказами законність підстав набуття активів у власність у значному розмірі є орган досудового розслідування. Перекладення цього обов'язку зі сторони обвинувачення на сторону захисту, зокрема на підозрюваного або обвинуваченого, не допускається з огляду на конституційний припис щодо неприпустимості покладання на особу обов'язку доводити свою невинуватість у вчиненні злочину (частина друга статті 62 Конституції України)“.

Так само непереконливим видається й твердження про те, що начебто законодавча конструкція статті 368² Кодексу „уможливило обвинувачення, що ґрунтується на припущеннях“ та „дає змогу обґрунтувати обвинувачення особи у незаконному збагаченні на припущеннях навіть тоді, коли йдеться про особу, яка законно набула певні активи“ (абзаци дев'ятий, десятий пункту 5 мотивувальної частини Рішення). Але ж частина третя статті 62 Конституції України містить однозначну імперативну вимогу, згідно з якою обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях. Тобто твердження щодо уможливлення „обвинувачення, що ґрунтується на припущеннях“ саме по собі є припущенням лише з огляду на потенційну можливість вияву окремими представниками сторони обвинувачення недостатнього фахового рівня та теоретичної підготовки під час оцінювання доказів. До того ж відповідно до частини третьої статті 373 Кримінального процесуального кодексу України „обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і ухвалюється лише за умови доведення у ході судового розгляду винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення“.

Виходить, що і у випадку спроби сторони обвинувачення перекласти обов'язок підтвердити доказами законність набуття активів у власність у значному розмірі на ту особу, яка набула ці активи, і у випадку спроби сторони обвинувачення обґрунтувати обвинувачення на припущеннях постає питання насамперед не про конституційність чи неконституційність статті 368² Кодексу, а про рівень фахової підготовки й професіоналізму прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого.

Варто наголосити, що у кримінальному провадженні не допускається використання поняття „непідтвердження доказами (відсутність доказів)“ як засобу підтвердження певного факту чи вини підозрюваного або обвинуваченого. Тобто за такого формулювання диспозиції норми, що передбачене частиною першою статті 368² Кодексу, відсутність підтвердження доказами законності набуття активів ще не означає і не може

означати підтвердження незаконності їх набуття, а отже, й наявності у діях відповідної особи об'єктивної сторони складу такого злочину, як незаконне збагачення. Відсутність доказів законності набуття активів може означати лише виникнення підстави для припущення про можливе незаконне збагачення особи. Оскільки „ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину“ (частина друга статті 62 Конституції України), а „обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях“ (частина третя статті 62 Конституції України), то і для доведення наявності у діях особи складу такого злочину, як незаконне збагачення (об'єктивної сторони складу незаконного збагачення), і для доведення вини особи у вчиненні цього злочину (тобто для підтвердження наявності суб'єктивної сторони складу злочину) саме орган досудового слідства має зібрати, оцінити та надати суду належні докази незаконності набуття особою у власність активів у значному розмірі.

Такий висновок узгоджується і з презумпцією правомірності правочину, згідно з якою „правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним“ (стаття 204 Цивільного кодексу України). Якщо стати на позицію, згідно з якою незаконне збагачення може вважатися винятком з презумпції правомірності правочину з огляду, наприклад, на вимоги частини восьмої статті 3 Закону України „Про очищення влади“, то й тоді судові рішення щодо визнання правочину недійсним має ґрунтуватися на належних і достатніх доказах. Проте навіть визнання судом недійсним певного правочину, пов'язаного з набуттям особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, ще не означає наявності у діях особи складу такого злочину, як незаконне збагачення, передбаченого статтею 368² Кодексу, та доведеності її вини у вчиненні такого злочину. Обвинувачення особи у вчиненні зазначеного злочину має ґрунтуватися на достатніх доказах, зібраних та наданих суду насамперед органом досудового слідства. Надання

доказів підозрюваним або обвинуваченим є можливим, але може здійснюватися лише на його власний розсуд, зокрема й у тому випадку, коли особа підозрюється або обвинувачується у незаконному збагаченні.

У Рішенні Конституційний Суд України зазначив: „Положення статті 368² Кодексу сформульовані таким чином, що сумніви стосовно законності підстав набуття особою у власність активів можуть тлумачитися не на користь цієї особи та можуть розглядатися як підтвердження її незаконного збагачення“ (абзац одинадцятий пункту 5 мотивувальної частини). Однак відповідно до частини третьої статті 62 Конституції України „усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь“, і це означає, що будь-які сумніви щодо законності підстав набуття особою у власність активів не можуть розглядатися як підтвердження її незаконного збагачення. Тотожне положення міститься в частині четвертій статті 17 Кримінального процесуального кодексу України: „Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи“.

Складається враження, що Рішення засноване переважно на підході, згідно з яким на предмет конституційності перевірявся не так зміст статті 368² Кодексу, як гіпотетична можливість її неефективного застосування (з урахуванням реальної усталеної практики, з огляду на ймовірні зловживання під час досудового розслідування та можливе недбале ставлення прокурора або слідчого до обов'язків, покладених на них процесуальним законодавством), а також ґрунтується на обумовлених таким підходом припущеннях.

Конституційний Суд України у мотивувальній частині Рішення мав би звернути увагу на те, що, крім закону про кримінальну відповідальність (стаття 368² Кодексу), питання незаконного збагачення є предметом регулювання й інших законів України. Це зовсім не означало б спроби тлумачити один закон через інший чи з'ясувати конституційність законодавчого формулювання складу такого злочину, як незаконне збагачення, через звернення до інших законів України, а лише дало б змогу

простежити ті підходи до встановлення феномену незаконного збагачення, які вже втілені в українському законодавстві, пройшли певну апробацію на практиці і можуть бути враховані у подальшому для удосконалення відповідного законодавчого регулювання.

Так, згідно з частиною восьмою статті 3 Закону України „Про очищення влади“ підставою для заборони обіймати посади в органах державної влади та органах місцевого самоврядування протягом десяти років є встановлення невідповідності вартості майна (майнових прав), зазначених у поданих за попередній рік деклараціях (про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру) суб'єктів декларування (осіб, які зобов'язані подавати декларацію відповідно до закону), доходам, отриманим ними із законних джерел. Цей законодавчий припис значною мірою збігається з положеннями Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року, відповідно до статті 20 якої критерієм незаконного збагачення так само визнається „значне збільшення активів посадової особи органу публічної влади, яке перевищує її законні доходи“. Таким чином, ставиться під сумнів доброчесність посадової особи у тому випадку, коли вартість набутих нею у власність активів значно перевищує її законні доходи, і саме тому до неї може висуватися обґрунтована вимога щодо підтвердження нею своєї доброчесності шляхом „раціонального обґрунтування“ зазначеної диспропорції (різниці).

Однак критерії незаконного збагачення, передбачені частиною восьмою статті 3 Закону України „Про очищення влади“, можуть бути застосовані лише для цілей цього закону та не можуть використовуватися для встановлення складу злочину, передбаченого частиною першою статті 368² Кодексу, оскільки ознаки кримінально караного незаконного збагачення мають бути визначені виключно законом про кримінальну відповідальність, застосування якого за аналогією заборонено (частина четверта статті 3 Кодексу). Водночас критерії незаконного збагачення, передбачені частиною восьмою статті 3 Закону України „Про очищення влади“, можуть бути в

подальшому враховані законодавцем при встановленні ознак такого злочину, як незаконне збагачення. Яка саме невідповідність (наприклад, кратність диспропорції, відмінність, різниця) між задекларованими легальними доходами посадової особи та набутими нею активами (йдеться про перевищення вартості набутого майна над рівнем законних легальних доходів) може становити склад такого злочину, має встановити Верховна Рада України, але обов'язково з урахуванням відповідних конституційних принципів.

Згідно із Законом України „Про запобігання корупції“ до повноважень Національного агентства з питань запобігання корупції належить, зокрема, здійснення „контролю та перевірки декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування“ (пункт 8 частини першої статті 11). Національне агентство з питань запобігання корупції може запропонувати відповідному суб'єкту декларування у разі виявлення протягом повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, ознак недостовірності задекларованих відомостей, неточності оцінки задекларованих активів, конфлікту інтересів, незаконного збагачення надати письмові пояснення та/або копії документів, що підтверджують законність набуття активів (абзац перший пункту 10 розділу III „Порядок проведення повної перевірки декларацій“ Порядку проведення контролю та повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, затвердженого рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 10 лютого 2017 року № 56 зі змінами).

Відповідно до пункту 10 частини сьомої статті 56 Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII зі змінами суддя зобов'язаний „підтверджувати законність джерела походження майна у зв'язку з проходженням кваліфікаційного оцінювання або в порядку дисциплінарного провадження щодо судді, якщо обставини, що можуть мати

наслідком притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, викликають сумнів у законності джерела походження майна або доброчесності поведінки судді“. Тобто за певних обставин, у тому числі у зв’язку з виявленням у декларації судді значної розбіжності між вартістю набутого ним майна та задекларованими ним законними доходами, на суддю може бути покладено обов’язок підтвердити законність джерела походження майна. Крім того, за Законом України „Про судоустрій і статус суддів“ суддя зобов’язаний щорічно подавати декларацію доброчесності, у якій має насамперед підтвердити відповідність рівня свого життя наявному в нього та членів його сім’ї майну і одержаним ними доходам (пункт 1 частини третьої статті 62).

Саме на підставі такого попереднього огляду та аналізу законодавства Конституційний Суд України міг би зробити висновки, що містяться в абзацах четвертому, п’ятому пункту 7 мотивувальної частини Рішення, і тоді вони були б більш логічними, послідовними та обґрунтованими. Ідеться, зокрема, про прийнятність законодавчого закріплення вимоги щодо „раціонального пояснення“ чи „раціонального обґрунтування“ особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, невідповідності між вартістю набутих нею активів та задекларованими нею законними доходами. Такий припис може бути встановлений законом як вимога підтвердження доброчесності посадової особи та як превентивний засіб у боротьбі з корупцією, однак, з огляду на положення статті 62 Конституції України, ця вимога не може встановлюватися законом як обов’язок особи доводити свою невинуватість у вчиненні злочину та надавати докази в межах кримінального провадження (абзац четвертий пункту 7 мотивувальної частини Рішення).

Так само більш логічним був би висновок щодо можливості запровадження законом такої підстави для припинення подальшого виконання посадовою особою функцій держави або місцевого самоврядування, як відсутність „раціонального пояснення“ (чи

„раціонального обґрунтування“) у випадку невідповідності між вартістю активів, набутих цією особою, та задекларованими нею законними доходами. Однак у будь-якому разі обов'язок доведення вини посадової особи у вчиненні такого злочину, як незаконне збагачення, має покладатися законом лише на державні органи, уповноважені процесуальним законом (абзац п'ятий пункту 7 мотивувальної частини Рішення).

Водночас слід визнати, що законодавче формулювання складу такого злочину, як незаконне збагачення, передбаченого частиною першою статті 368² Кодексу, на жаль, насправді є недолугим, слабким і недосконалим. Однак зазначені вади цієї юридичної конструкції не можуть бути достатнім критерієм її конституційності чи неконституційності. Зокрема, через невдале та нелогічне законодавче формулювання зазначена норма з дня її запровадження до 26 лютого 2019 року так і не перетворилася на один із головних та ефективних юридичних засобів подолання корупції в Україні.

Через істотні вади законодавчого формулювання стаття 368² Кодексу набула характеру вразливого, суперечливого, нелогічного та недолугого засобу, який лише дискредитував ідею боротьби з корупцією, породив надмірні ілюзії, безпідставні очікування і сподівання, дозволив поєднати імітацію такої боротьби з профанацією, відволікаючи фахівців на безперспективні кримінальні провадження та штучно розпорошуючи їхні зусилля. А непрофесіоналам така недолуга юридична конструкція давала змогу уникати кваліфікації низки корупційних правопорушень за більш „складними“ та „проблемними“ з точки зору пошуку доказової бази статтями Кодексу, обмежуючись при цьому встановленням начебто більш „простого“, „легкого“ та „очевидного“ складу такого злочину, як незаконне збагачення, для доведення якого, на перший погляд дилетанта, буцімто потрібно було набагато менше часу, зусиль та енергії.

Конституційний Суд України у Рішенні міг би скористатися правом, яке надає йому стаття 91 Закону України „Про Конституційний Суд України“, та відтермінувати дату втрати чинності статтею 368² Кодексу

(наприклад, на три місяці). Також слід було рекомендувати Верховній Раді України протягом трьох місяців уточнити законодавче формулювання складу такого злочину, як незаконне збагачення, передбаченого статтею 368² Кодексу, з урахуванням юридичних позицій, викладених у Рішенні. До такого уточнення у правозастосовній практиці варто було б повернутися до застосування статті 368² Кодексу у редакції Закону України від 14 жовтня 2014 року № 1698–VII, згідно з якою незаконним збагаченням визнавалося „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“.

Суддя
Конституційного Суду України

В. П. КОЛІСНИК