

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. 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 26 лютого 2019 року ухвалив Рішення № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України (далі – Кодекс), у якому визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368² Кодексу (далі – Рішення).

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ (далі – Закон) та § 74 Регламенту Конституційного Суду України, вважаю за необхідне викласти окрему думку щодо ухваленого Рішення.

1. Конституційний Суд України у своїх рішеннях традиційно та слушно посилається на ряд засадничих приписів Конституції України, а саме:

- *Україна є демократична, правова держава* (стаття 1);
- *права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; держава відповідає перед людиною за свою діяльність; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави* (частина друга статті 3);
- *в Україні визнається і діє принцип верховенства права* (частина перша статті 8).

Зазначені приписи Конституції України мали б застосовуватися в їх взаємозв’язку й щодо питання визначення відповідності Конституції України статті 368² Кодексу, оскільки системний аналіз зазначених норм Конституції України (в аспекті створення конституційного підґрунтя для боротьби та іншої протидії корупції) дає підстави для висновку, що демократичною та

правовою може визнаватися держава, що водночас є *антикорупційною державою*.

З цих міркувань вважаю, що Конституційний Суд України, розглядаючи справу щодо відповідності Конституції України статті 368² Кодексу, мав би сформулювати юридичну позицію стосовно зв'язку таких понять як *демократична держава, правова держава, верховенство права та антикорупційна держава*.

При формуванні такої юридичної позиції слід було б взяти до уваги, зокрема, значення та місце кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, як одного з правових інструментів боротьби з корупцією, в загальному механізмі протидії цьому негативному явищу, враховуючи те, що кримінальна відповідальність за дії з незаконного збагачення, безперечно, характеризується потужним превентивним та каральним антикорупційним потенціалом і органічно пов'язана та кореспондується з обов'язком держави боротися чи іншим чином протидіяти корупції. Власне Конституційний Суд України в Рішенні прямо та недвозначно вказує на подібних завданнях держави (абзац шостий пункту 7 мотивувальної частини Рішення).

Звісно, формулювання юридичної позиції щодо взаємозв'язку понять *демократична держава, правова держава, верховенство права та антикорупційна держава* є складним завданням, однак з огляду на прогнозовану суспільну та правову значущість Рішення Конституційний Суд України мав надати подальші правові орієнтири в цій проблематиці для громадянського суспільства, органів державної влади та інших зацікавлених осіб.

Потреба в юридичній позиції з цього питання важлива також з огляду на те, що, по-перше, в Рішенні *не визнано* такою, що суперечить Конституції України, саму ідею криміналізації дій з незаконного збагачення, а отже, це не виключає, а радше передбачає внесення змін до Кодексу в цій частині, які повинні бути позбавлені недоліків статті 368² Кодексу, що визнана Конституційним Судом України неконституційною. По-друге, на розгляді

Конституційного Суду України перебувають ще кілька справ, що прямо або дотично стосуються боротьби або іншої протидії корупції, а отже, Рішення у цій справі певним чином вплине на подальше вирішення інших справ.

Наостанок, слід визнати ту обставину, що текст Конституції України не вичерпує її змісту, а тому Конституційний Суд України має виважено та розумно витлумачувати контекст конституційних приписів, зокрема й в аспекті визнання того, що до засад конституційного ладу має належати та належить обов'язок держави з протидії корупції.

2. Вважаю, що Конституційному Суду України в своєму Рішенні слід було чітко вказати на те, що антикорупційна політика держави передбачає ряд заходів та засобів (у тому числі, правового, економічного, організаційного змісту), які окремо та в сукупності мають бути *ефективними* та *адекватними* у боротьбі чи іншій протидії корупції.

При цьому в Рішенні Конституційний Суд України міг би вказати на першочергову потребу в:

- формуванні суспільної свідомості щодо неприйнятності корупції;
- превентивному запобіганні корупції;
- антикорупційному реформуванні інститутів держави та суспільства, а не в переслідуванні окремих осіб, внаслідок чого такий правовий засіб, як притягнення порушника-корупціонера до кримінальної відповідальності, займав би допоміжне, а не основне місце.

Крім того, Конституційний Суд України в Рішенні мав би відмітити, що кримінальна відповідальність у сфері корупційних правопорушень є *ultima ratio* в протидії корупції, тобто останнім правовим засобом державного примусу, а отже, перевірка на конституційність відповідного положення Кодексу повинна ґрунтуватися на цій особливості кримінальних правових засобів та зв'язку положень зазначеної норми Кодексу, зокрема з іншими нормами конституційного, адміністративного, кримінального законодавства.

3. Основний Закон України встановлює, що *„чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (частина перша статті 9)“*.

На підставі наведеного припису Основного Закону України в контексті досліджуваного питання Конституційний Суд України цілком слушно послався на статтю 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року (ратифіковану 18 жовтня 2006 року) (далі – Конвенція).

Однак врахуванню у Рішенні підлягали не лише положення статті 20 Конвенції, а й інші її положення.

Зокрема, відповідно до одного з приписів преамбули Конвенції *для ефективного запобігання корупції та боротьби з нею є необхідним всеосяжний і комплексний підхід*.

Згідно з приписами статті 5 Конвенції:

Кожна Держава-учасниця прагне встановлювати й заохочувати ефективні види практики, спрямовані на запобігання корупції (частина друга); кожна Держава-учасниця прагне періодично проводити оцінку відповідних правових інструментів й адміністративних заходів з метою визначення їхньої адекватності з точки зору запобігання корупції та боротьби з нею (частина третя).

З огляду на існуючу в Україні практику застосування статті 368² Кодексу Конституційний Суд України міг би чіткіше поставити під сумнів її ефективність та адекватність як засобу боротьби та протидії корупції, тим більше, що Конституційний Суд України вказує в Рішенні на потребу саме *ефективного* правового регулювання суспільних відносин (абзац п'ятий пункту 3 мотивувальної частини Рішення).

4. Вважаю, що в Рішенні є окремі прогалини в аргументації позиції Конституційного Суду України у цій справі, що може негативно вплинути на сприйняття змісту Рішення.

Конституційний Суд України, зокрема дійшов висновку про те, що норму статті 368² Кодексу сформульовано недостатньо чітко, що допускає неоднозначне її розуміння, тлумачення та застосування, що не відповідає вимозі юридичної визначеності – складовій принципу верховенства права.

Фактично йдеться про неоднозначне розуміння та тлумачення слів „законність підстав набуття яких не підтверджено доказами“, які містяться у частині першій статті 368² Кодексу.

З Рішення вбачається, що один з недоліків такого формулювання норми Кодексу полягає не в тому, що певна особа набула активи (майно) в значному розмірі за відсутності для цього законних *підстав*, а в тому, що ці активи збільшились за відсутності для такого набуття законних (легітимних) *джерел* та (або) економічних *передумов*, оскільки цьому в більшості випадків могло передувати вчинення особою іншого, так званого *предикатного* злочину, наприклад, отримання хабара, розкрадання у формі привласнення чужого майна тощо. Тобто потенційний правопорушник за нормою про незаконне збагачення в більшості випадків набуває активи (майно) відповідно до вимог глави 24 Цивільного кодексу України, а це означає законність *підстав* набуття права власності, однак *джерела* набуття таких активів (майна), є *незаконними* або *нез'ясованими*.

Таким чином, відбувається збільшення активів особи в значному розмірі за відсутності економічних передумов для цього, оскільки легально отримані доходи особи значно менші від витрат цієї особи на набуття активів (майна).

Зазначена думка мала б бути чітко та повно відображена в Рішенні, що позитивно вплинуло б на якість його мотивувальної частини.

Крім того, поза текстом Рішення залишився припис частини 2 статті 328 Цивільного кодексу України *про презумпцію правомірності*

набуття права власності, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність права власності не встановлена судом. На мою думку цей припис цивільного законодавства мав би бути проаналізований в системному зв'язку з об'єктом конституційного контролю – статтею 368² Кодексу.

5. У Рішенні не враховано ряд важливих обставин пов'язаних, по-перше, з існуванням попередніх редакцій статті 368² Кодексу, по-друге, з правовими можливостями, наявними у Конституційного Суду України.

Кодекс було доповнено статтею 368² згідно із змінами, внесеними Законом України „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення“ від 07 квітня 2011 року № 3207–VI.

Первинна редакція статті 368² Кодексу істотно відрізнялася від чинної редакції положеннями частин першої-третьої і змістом примітки до цієї статті. Зокрема, частина перша статті 368² Кодексу у первинній редакції передбачала: *„Одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва (незаконне збагачення)“*. Примітка містила один абзац.

Зміни до диспозиції статті 368² Кодексу та примітки до неї вносилися кілька разів. У частині першій статті 368² Кодексу в останній редакції (Закон України „Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні“ від 10 листопада 2015 року № 770–VIII) зазначалося таке: *„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“*.

Вважаю, що, аналізуючи статтю 368² Кодексу на предмет її неконституційності, Конституційний Суд України мав можливість дослідити не лише її конституційність чи неконституційність, а й також наявність чи відсутність підстав для, по-перше, поновлення дії попередньої редакції цієї статті Кодексу, по-друге, застосування норм частини другої статті 152 Конституції України та статті 91 Закону України „Про Конституційний Суд України“, які дають Конституційному Суду право відтермінувати втрату чинності правовим актом після визнання його неконституційним.

Упродовж строку такого відтермінування стаття 368² Кодексу могла б бути змінена в порядку, передбаченому Конституцією та законами України.

Крім того, на підставі статті 97 Закону України „Про Конституційний Суд України“ Конституційний Суд України в своєму рішенні міг встановити розумний та необхідний порядок його виконання, зокрема, у разі повернення чинності попередньої редакції норми Кодексу та (або) у випадку відтермінування втрати чинності норми, що визнана неконституційною.

Суддя
Конституційного Суду України

О. ПЕРВОМАЙСЬКИЙ