

## ОКРЕМА ДУМКА

**судді Конституційного Суду України Городовенка В.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України**

У Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 (далі – Рішення) визнано такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України (далі – Кодекс).

Вважаю за необхідне на підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ висловити окрему думку щодо деяких аспектів Рішення.

1. Із Рішення вбачається, що Конституційний Суд України (далі – Суд) визнав неконституційною статтю 368<sup>2</sup> Кодексу, якою визначено склад такого злочину, як незаконне збагачення, оскільки ця стаття не відповідає вимозі юридичної визначеності як складової конституційного принципу верховенства права (частина перша статті 8 Конституції України), не узгоджується з конституційним принципом презумпції невинуватості (частини перша, друга, третя статті 62 Конституції України) та з конституційним приписом щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (право особи не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів) (частина перша статті 63 Конституції України).

Мотивуючи такі висновки у Рішенні, Суд займає активну позицію щодо необхідності боротьби з корупцією в Україні і підтримує криміналізацію такого суспільно небезпечного діяння, як незаконне

збагачення, за умови дотримання Конституції України. На підтвердження цього у Рішенні зазначено, що „корупція є однією з основних загроз національній безпеці України“, „протидія корупції в Україні є завданням виняткового суспільного та державного значення, а криміналізація незаконного збагачення – важливим юридичним засобом реалізації державної політики у цій сфері“, „протидія корупції має здійснюватися виключно правовими засобами з дотриманням конституційних принципів та приписів законодавства, ухваленого відповідно до Конституції України“, „при визначенні злочином такого діяння, як незаконне збагачення, треба обов’язково враховувати конституційні положення, якими встановлено принципи юридичної відповідальності, права і свободи людини і громадянина, а також їх гарантії“ (абзац четвертий підпункту 2.2 пункту 2, абзац шостий пункту 7 мотивувальної частини).

На мій погляд, у Рішенні варто було поглибити зазначені позиції в аспекті вивчення питання щодо необхідності гармонійної імплементації у вітчизняну правову систему такого важливого юридичного засобу протидії корупції, як криміналізація незаконного збагачення, відповідно до статті 20 Конвенції Організації Об’єднаних Націй проти корупції 2003 року (далі – Конвенція ООН), ратифікованої Верховною Радою України 18 жовтня 2006 року. Натомість Суд лише вказав на цю статтю Конвенції ООН, наголосивши, що при криміналізації будь-якого суспільно небезпечного діяння треба виходити насамперед із принципів та норм Конституції України (абзац третій підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення).

У зв’язку з цим слід звернути увагу на те, що питання імплементації положень статті 20 Конвенції ООН у сучасні правові системи залишається дискусійним і неоднозначним. Так, більшість європейських держав ратифікували Конвенцію ООН<sup>1</sup>, водночас не всі з них (наприклад, Іспанія, Італія, Нідерланди, Норвегія, Швеція, Фінляндія) *in sensu stricto* втілили

---

<sup>1</sup> Convention against Corruption (signature and ratification status) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>

положення статті 20 Конвенції ООН, пояснюючи це, зокрема, загрозою порушення принципу презумпції невинуватості або достатністю наявних у їхніх правових системах механізмів забезпечення притягнення до кримінальної відповідальності фізичних і юридичних осіб за незаконне збагачення<sup>2</sup>. Навіть більше, наприклад, Конституційний суд Італійської Республіки (рішення від 17 лютого 1994 року у справі № 48/1994) та Конституційний Трибунал Португальської Республіки (рішення від 4 квітня 2012 року у справі № 179/12, від 27 липня 2015 року у справі № 377/15) визнали неконституційними законодавчі положення, якими визначалась кримінальна відповідальність за такий злочин, як незаконне збагачення. Ці рішення проаналізовані у постанові Конституційного Суду Литовської Республіки від 15 березня 2017 року, і, як вбачається, Конституційний Трибунал Португальської Республіки вказав на невідповідність оскаржуваного правового регулювання принципу правової визначеності, оскільки з визначення у статті 335-К Кримінального кодексу Португальської Республіки злочинного діяння (незаконного збагачення) незрозуміло, до яких осіб застосовується ця норма, будь-яка невідповідність (навіть об'єктивно обґрунтована) між вартістю майна, яким володіє особа, та сумою доходу, отриманою нею, буде мати наслідком кримінальну відповідальність такої особи. Також Конституційний Трибунал Португальської Республіки дійшов висновку, що оскаржуване правове регулювання суперечить принципу презумпції невинуватості і наголосив на неправильному використанні слова „незаконний“, оскільки передбачалось, що особа, яка володіла майном, вартість якого не відповідає розміру отриманого доходу, вчинила злочин, і таке правове регулювання переклало на підозрюваного тягар доведення виправданості невідповідності між вартістю майна та сумою доходу<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Імплементация рішень комітетів ООН в національні правові системи та міжнародний контроль за процесом імплементации [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://helsinki.org.ua/articles/implementatsiya-rishen-komitetiv-oon-v-natsionalni-pravovi-systemy-ta-mizhnarodnyj-kontrol-za-protsekom-implementatsiji/#\\_ftnref3](https://helsinki.org.ua/articles/implementatsiya-rishen-komitetiv-oon-v-natsionalni-pravovi-systemy-ta-mizhnarodnyj-kontrol-za-protsekom-implementatsiji/#_ftnref3)

<sup>3</sup> Постанова Конституційного Суду Литовської Республіки від 15 березня 2017 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1688/content>

Необхідно також звернути увагу на інтерпретацію положень статті 20 Конвенції ООН у Посібнику для законодавчих органів щодо реалізації Конвенції ООН, за яким у цій статті Конвенції ООН не йдеться про презумпцію винності, а тягар доказування, як і раніше, покладається на сторону обвинувачення, оскільки саме остання зобов'язана продемонструвати, що масштаби збагачення перевищують законні доходи особи. У названому посібнику підсумовано, що це може розглядатися як спростовна презумпція, оскільки після пред'явлення відповідних доказів обвинувачений може надати розумне або таке, яке заслуговує на довіру, пояснення<sup>4</sup>. За даними Організації економічного співробітництва та розвитку включення у законодавство норми, якою незаконне збагачення визначено як злочин, спричиняє ряд правових проблем, оскільки ця норма може сприйматися такою, що суперечить стандартам прав людини; ці перепони можуть бути подолані за рахунок ретельного формулювання складу злочину, елементи якого треба визначати так, щоб не порушувати фундаментальних прав людини, у тому числі таких, як презумпція невинуватості та право не свідчити проти себе. Названа міжнародна інституція відзначає, що з цією метою необхідно покласти тягар доказування на прокурора, щоб він доводив факт існування відповідних активів, відсутність у особи законних джерел доходу, якими можна було пояснити наявність цих активів, злочинний умисел особи на придбання таких активів тощо, створюючи таким чином спростовну презумпцію незаконного збагачення<sup>5</sup>.

Питання гармонійної імплементації статті 20 Конвенції ООН не є простим і для вітчизняної правової системи, його вирішення потребує зваженої, системної та якісної законодавчої діяльності, зокрема і щодо забезпечення правової визначеності у формулюванні складу такого злочину,

---

<sup>4</sup>Руководство для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC\\_Legislative\\_Guide\\_R.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_R.pdf)

<sup>5</sup> Реформы в сфере борьбы с коррупцией в странах Восточной Европы и Центральной Азии (достижения и проблемы 2013–2015 гг.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу <https://www.oecd.org/corruption/acn/Anti-Corruption-Reforms-Eastern-Europe-Central-Asia-RUS.pdf>

як незаконне збагачення. Це тим більше логічно, якщо враховувати, що Конвенція ООН ратифікована в Україні у 2006 році, а намагання законодавця втілити її статтю 20 у закон про кримінальну відповідальність і на сьогодні не завершилось успіхом, зокрема жодне з відкритих на підставі статті 368<sup>2</sup> Кодексу кримінальних проваджень не завершилось вироком суду.

Потребує подальшого ґрунтовного вивчення і питання розуміння статті 20 Конвенції ООН в аспекті закладеної в ній спростовної презумпції у співвідношенні з визначеним Конституцією України принципом презумпції невинуватості. Утім у рамках розглянутої в Рішенні проблематики можна було принаймні стверджувати, що стаття 368<sup>2</sup> Кодексу не гарантувала навіть спростовної презумпції, оскільки фактично уможливлювала покладання обов'язку збирати докази законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі не на сторону обвинувачення (державу), а на сторону захисту (підозрюваного або обвинуваченого), що є неприпустимим з огляду на конституційний принцип презумпції невинуватості. Тому стаття 368<sup>2</sup> Кодексу в контексті спроби законодавця імплементувати у правову систему України статтю 20 Конвенції ООН, не відповідає не лише Конституції України, а й, власне, цій статті Конвенції ООН, що Суд у Рішенні залишив поза увагою. У Рішенні не вказано також, що стаття 20 Конвенції ООН не передбачає криміналізації передачі особою активів, законність підстав яких не підтверджено доказами, будь-якій іншій особі, що стаття 368<sup>2</sup> Кодексу визначала складом такого злочину, як незаконне збагачення.

Таким чином, можна стверджувати, що у Рішенні слід було акцентувати на проблематиці гармонійної імплементації у правову систему України статті 20 Конвенції ООН, забезпечення якої покладається на Верховну Раду України, водночас так чи інакше Суд не виключив можливості подальшого впровадження у вітчизняну правову систему названої статті Конвенції ООН та підтримав криміналізацію такого злочину,

як незаконне збагачення, за умови дотримання приписів та принципів Конституції України.

2. Згідно з пунктом 2 резолютивної частини Рішення стаття 368<sup>2</sup> Кодексу втрачає чинність з дня ухвалення Судом Рішення.

Розуміння наслідків втрати чинності статтею 368<sup>2</sup> Кодексу, яку Суд визнав неконституційною у Рішенні, пов'язане з принципом дії в часі закону та інших нормативно-правових актів, що закладений у положеннях статті 58 Основного Закону України.

У Рішенні від 19 квітня 2000 року № 6-рп/2000 Суд зазначив, що „згідно з частиною другою статті 58 Конституції України ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення“, „кримінально-правова норма має зворотну дію в часі в тій її частині, в якій вона пом'якшує або скасовує відповідальність особи. Це стосується випадків, коли в диспозиції норми зменшено коло предметів посягання; виключено із складу злочину якісь альтернативні суспільно-небезпечні наслідки; обмежено відповідальність особи шляхом конкретизації в бік звуження способу вчинення злочину; звужено зміст кваліфікуючих ознак тощо“ (абзац третій пункту 2, абзац четвертий пункту 3 мотивувальної частини).

Цілком вірогідно, що у слідчій і судовій практиці може виникнути ситуація, коли всі кримінальні провадження, які були відкриті на підставі нині неконституційної статті 368<sup>2</sup> Кодексу, підлягатимуть закриттю через втрату цією статтею чинності з моменту ухвалення Рішення, а надалі, навіть якщо законодавець сформулює відповідно до Конституції України і Рішення склад такого злочину, як незаконне збагачення, осіб, стосовно яких було відкрито названі кримінальні провадження, неможливо буде притягнути до кримінальної відповідальності за такий злочин, як незаконне збагачення.

Очевидно, що за таких умов втрата чинності статтею 368<sup>2</sup> Кодексу у зв'язку з визнанням її Судом неконституційною може негативно позначитися

на проведеній державою за останні декілька років роботі у сфері протидії корупції, спрямованій на виконання Україною відповідних міжнародних зобов'язань, а отже, спричинити негативні наслідки для важливих суспільних, державних інтересів, іміджу України на міжнародній арені.

У Рішенні залишено поза увагою загрози настання зазначених негативних наслідків, хоча у практиці конституційного судочинства вже була схожа з означеною ситуація, коли визнання Судом неконституційними кримінальних норм щодо смертної кари як виду покарання зумовило у подальшому проблему у судовій практиці щодо призначення особам справедливого та співмірного покарання за особливо тяжкі злочини. Розв'язуючи таку проблему, Суд ухвалив Рішення від 26 січня 2011 року № 1-рп/2011, у якому, зокрема, виходив із того, що „в частині четвертій статті 5 Кодексу 2001 року йдеться про можливість його зміни тільки іншим законом про кримінальну відповідальність, а не Рішенням Конституційного Суду України, який повноважний лише визнавати неконституційними положення закону про кримінальну відповідальність“, а також керувався своєю юридичною позицією, викладеною у справі про зворотну дію кримінального закону в часі, за якою „зіставлення положень статей 8, 58, 92, 152, пункту 1 розділу XV „Перехідні положення“ Конституції України та статті 6 Кодексу дає підстави дійти висновку, що виключно кримінальними законами України визначаються діяння, які є злочинами, та встановлюється відповідальність за їх вчинення. Відповідно і зворотна дія в часі реалізується через кримінальні закони у випадках, коли вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи“ (абзаци сьомий, восьмий пункту 4 мотивувальної частини).

Названі юридичні позиції могли бути дороговказом для Суду в нинішній ситуації, оскільки дають можливість стверджувати, що вирішення питання криміналізації чи декриміналізації такого злочину, як незаконне збагачення, не відбувається в рамках прийняття Рішення, а можливе лише шляхом внесення відповідних змін до закону про кримінальну

відповідальність. Про це переконливо свідчить і те, що у Рішенні, як зазначалось, повністю підтримується такий важливий юридичний засіб державної політики у сфері протидії корупції, як криміналізація незаконного збагачення, за умови дотримання вимог Конституції України.

Таким чином, визнання неконституційною статті 368<sup>2</sup> Кодексу у Рішенні не впливає на умови кримінальної відповідальності осіб, які вчинили до прийняття Рішення такий злочин, як незаконне збагачення, передбачений названою статтею Кодексу.

Суддя  
Конституційного Суду України

**В. В. ГОРОДОВЕНКО**