

## ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Сліденка І.Д. 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

**Зважаючи** на наявність Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України (далі – Рішення), прийнятого формальною більшістю від конституційного складу Конституційного Суду України;

**констатуючи** той факт, що застосовані методологія і аргументація та визначена на їх основі Конституційним Судом України абстрактно-теоретична неконституційність статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України мають відверто суб'єктивний та очевидно відносний характер;

**усвідомлюючи** необхідність субстанційно-онтологічного аналізу для визначення помилок, недоліків, недосконалостей та загроз і наслідків, які містяться в Рішенні;

**користуючись** правом на окрему думку, наданим статтею 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“;

**вважаю** за необхідне висловити такі **заперечення** щодо концепції, методології, мотивувальної та резолютивної частин Рішення:

*Рішення Конституційного Суду України являє собою примхливу суміш з правової упередженості та політичної заангажованості. У Рішенні Конституційний Суд України вчергове застосував логічну та правову еквілібристику, продовживши неадекватне застосування практики Європейського суду з прав людини та довільне і свавільне тлумачення принципу верховенства права. Конституційний Суд України вирішив справу за принципом *fiat justitia et pereat mundus* – нехай здійсниться правосуддя, хоч би загинув світ. Навіщо потрібне таке правосуддя, Конституційний Суд України не пояснив.*

## I. Заперечення щодо методології Рішення

1. Основною методологічною помилкою Рішення є те, що застосована Конституційним Судом України (далі – КСУ) методологія доведення неконституційності обумовила виключно загальний характер аргументів щодо неї. У Рішенні відсутня будь-яка конкретика щодо неконституційності статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України. КСУ обмежився своєрідним та упередженим тлумаченням загальних принципів права, зокрема верховенства права та презумпції невинуватості. В своїй основі Рішення базується виключно на припущеннях щодо еventуальних загроз застосування оспорюваної статті.

2. Хибна методологія Рішення проявляється у доведенні a priori визначеної причини для неконституційності – порушення презумпції невинуватості. При цьому КСУ проігнорував в принципі дві фундаментальні домінанти, які визначають природу цієї норми, – принцип доброчесності публічної особи та доктрину презумпції винуватості публічної особи. Крім того, КСУ не прийняв до уваги фундаментальні підходи, які визначають відношення в сучасних державах до принципу презумпції невинуватості. А сучасне його розуміння визначається ціннісним дискурсом, в основі якого – баланс суспільних та особистих інтересів. Такий дискурс визначається, зокрема, у доповіді „The Green Paper on the presumption of innocence“ (2006), що розглядає обставини, за яких допускається інверсія тягаря доказування, та Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, відповідно до якої презумпція невинуватості може бути порушена в разі використання презумпцій фактів. З огляду на це презумпції повинні бути обмежені в розумних межах та повинні бути розумно пропорційні легітимній меті, яка переслідується.

3. З точки зору обраної методології, Рішення являє собою конструктор із штучно підлаштованих цитат Європейського суду з прав людини

(далі – ЄСПЛ), які використовуються як спосіб доведення неконституційності. При цьому штучність такого цитування призвела до того, що практика ЄСПЛ виявилась відірваною від контексту або взагалі незастосованою та недоречною у Рішенні (докладніше див. заперечення щодо мотивації).

4. Принципова методологічна помилка – розгляд конкретної норми Кримінального кодексу України у відриві від інших норм цього кодексу, законодавства в цілому та поза загальним конституційним контекстом. При цьому КСУ проігнорував досвід КС Литви, який розглядав подібну норму не відокремлено, а сукупно з положеннями кримінального процесуального закону. У Рішенні повністю проігноровано той факт, що проблема незаконного збагачення в контексті конкретної статті Кримінального кодексу України потребує з'ясування значення тягара доказування, стандартів доказування, принципу презумпції невинуватості та зв'язків між ними.

5. Принципова методологічна помилка – несприйняття будь-якої альтернативи поза обраним КСУ методом доведення неконституційності конкретної норми. Зокрема, КСУ було повністю проігноровано Висновок *amicus curiae*, в якому наголошується, що „... згаданий елемент незаконного збагачення – збільшення активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами – достатньо чітко проглядається з формулювання частини 1 статті 368<sup>2</sup>: це положення може тлумачитися як таке, що передбачає настання кримінальної відповідальності, лише тоді, коли доведено, що збільшення активів у значному розмірі не могло статися з використанням законних доходів“. Крім цього, автори згаданого дослідження стверджують, що „... брак доказів на користь обґрунтованого збільшення активів становить достатню ознаку для виникнення кримінальної відповідальності. Кримінальне переслідування за незаконне збагачення не потребує одночасного переслідування за предикатний злочин, тобто для того, щоб у межах останнього положення настала кримінальна відповідальність, потребується лише відсутність обґрунтування суттєвого збільшення активів,

а не вчинення обвинуваченим інших конкретних злочинів чи правопорушень“. В свою чергу, „статтю 368<sup>2</sup> слід тлумачити в світлі інших положень КК, що встановлює загальні правила застосування кримінального права в часі. За результатами такого тлумачення немає підстав стверджувати, що визначення незаконного збагачення передбачає застосування закону зі зворотною силою“.

6. Серйозною методологічною вадою Рішення є хибне та упереджене трактування принципу верховенства права. Практично КСУ здійснив необмежене тлумачення цього принципу, що призвело до фактичного зловживання ним. Такий вульгарно-механістичний підхід є наслідком домінування совецького варіанта юридичного позитивізму, який форму завжди ставить вище за сутність. При цьому КСУ проігнорував такі факти, як те, що доктринально та емпірично встановлена пряма кореляція між рівнем корупції і порушенням прав людини, чим нижчий рівень корупції, тим вищим є рівень захисту прав людини; оспорювана норма не встановлювала для публічних осіб вимог, які неможливо виконати; обмеження, застосовані при зменшенні тягаря доказування, мають значно менші ризики, ніж ті, які виникають у разі їх незастосування.

7. Кричущою методологічною помилкою стало вирішення конституційної проблеми за рамками конституційного подання. У поданні 59 народних депутатів України мова йшла про неконституційність диспозиції статті 368<sup>2</sup> КК України в редакції законів України від 14.10.2014 № 1698–VII, від 12.02.2015 № 198–VIII. Натомість у резолютивній частині Рішення зазначено, що стаття 368<sup>2</sup> КК України визнана неконституційною. Таким чином, КСУ взагалі вилучив із Кримінального кодексу України статтю 368<sup>2</sup>. При цьому Законом України від 07.04.2011 № 3207–VI Кримінальний кодекс України було доповнено статтею 368-2 КК України в такій редакції (ч.1): „Одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва (незаконне збагачення)“. Зазначена редакція статті не була

предметом конституційного подання, а тому не мала бути визнана неконституційною. Проте навіть цю недосконалу норму тепер вилучено з Кримінального кодексу України. Такий підхід свідчить про очевидну упередженість КСУ у вирішенні цієї конституційної проблеми.

8. Зважаючи на особливість цього конституційного конфлікту КСУ слід було застосувати контекстний підхід з урахуванням вищенаведених помилок. Такий підхід означає вибір оптимального та збалансованого вирішення конституційного конфлікту з урахуванням публічного та приватного інтересу, інтересів держави, соціуму та окремої особи. Вказаний підхід базується на гармонічному поєднанні казуальності та ідеального вирішення конституційної проблеми.

9. Серйозною методологічною вадою Рішення є те, що публічні особи є спеціальними суб'єктами у праві і до них застосовуються особливі вимоги, пов'язані із здійсненням ними владних повноважень. Саме через це до цієї групи суб'єктів пред'являються додаткові обмеження, в т.ч. і такі, що мають формальні ознаки порушення правових принципів. Такого роду суб'єкти свідомо йдуть на такі обмеження, а вихід за їх межі очевидно є карним діянням.

## **II. Заперечення щодо концепції Рішення**

Конституційний Суд України концептуально вибудовує Рішення на тому, що:

по-перше, формулювання статті 368<sup>2</sup> КК України „незаконне збагачення“ не відповідає вимозі юридичної визначеності (частина перша статті 8 Конституції України);

по-друге, порушується принцип презумпції невинуватості (стаття 62 Конституції України);

по-третє, порушуються приписи статті 63 Конституції України щодо недопустимості притягнення особи до відповідальності за відмову свідчити проти себе та своїх близьких осіб.

При цьому комбінаторна дія цих трьох компонентів обумовила концептуальні вади, помилки та неузгодженості Рішення.

Для спростування такого концептуального підходу слід звернути увагу на такі аргументи.

### **1. Причини появи цієї норми.**

Суспільно-політична природа цієї статті проявляється в необхідності проведення люстраційних процесів до осіб, які злочинно збагатились або продовжують збагачуватись. Символічне значення цієї статті пов'язане з необхідністю швидких та кардинальних змін після Революції Гідності.

Прагматичний аспект появи цієї норми пов'язаний з тим, що стаття 368<sup>2</sup> про незаконне збагачення у чинній редакції була прийнята в 2015 році на хвилі створення нової системи антикорупційних органів. Поява цієї норми була необхідна для повноцінного запуску системи електронного декларування, що, в свою чергу, було однією з умов отримання Україною безвізового режиму з ЄС. Аналогічна вимога була висунута і для продовження співпраці України з кредиторами, зокрема і з Міжнародним валютним фондом.

Зазначена норма повинна була стати бар'єром на шляху корупції в публічній сфері, насамперед в політиці. Її призначення полягало в тому, щоб під загрозою кримінального покарання публічні особи відмовлялися від підкупу в тих чи інших формах осіб, які бажають незаконним шляхом вплинути на прийняття політичних або адміністративних рішень на свою користь.

Криміналізація такого діяння, як незаконне збагачення, є одним із зобов'язань, яке Україна взяла на себе при ратифікації Конвенції ООН проти корупції, Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 173), Додатковим протоколом до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191), і визначена рекомендаціями Групи держав Ради Європи проти корупції (GRECO) та інших міжнародних інституцій.

Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) зазначала у 2016 році, що криміналізація незаконного збагачення може стати

потужним інструментом судового переслідування корумпованих посадовців, оскільки не потребує доведення того, що корупційна обуродка дійсно сталася, замість цього дозволяючи суду робити висновки з того факту, що посадовець має статки незрозумілого походження, які не могли бути отримані із законних джерел. ОЕСР рекомендувала „розглянути можливість криміналізації незаконного збагачення через застосування спростовної презумпції незаконного походження будь-яких активів, набуття яких посадова особа нездатна пояснити, наводячи законні джерела“.

Антикорупційна мережа Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) для країн Східної Європи та Центральної Азії у своєму звіті про Україну за підсумками Третього раунду оцінювання в межах моніторингу Стамбульського плану дій привітала той факт, що у межах законодавчих змін 2014 і 2015 років Україна переглянула формулювання злочину незаконного збагачення таким чином, що „загалом відповідає закладеній в КООНПК концепції“.

До того ж Контракт для України з розбудови держави, що діяв між ЄС та Україною в 2014–2015 роках вимагав, серед іншого, приведення положень Кримінального кодексу України щодо злочинів, пов’язаних із незаконним збагаченням, у відповідність до положень Конвенції ООН проти корупції (КООНПК).

## **2. Прийняття справи у провадження.**

При прийнятті справи у провадження КСУ було порушено баланс повноважень між парламентом і органом конституційного контролю, оскільки евентуальні проблеми цієї норми вирішувались засобами парламенту (внесення змін до норми), а не органу конституційного контролю (скасування норми).

Якби КСУ елементарно застосував методи прогнозування та екстраполяції, піклувався про свій авторитет та авторитет держави, в цій ситуації самоусунувся б. Тим більше, що самоусунення, у випадку можливого серйозного соціального збурення та дискредитації міжнародних

зобов'язань держави Україна, є єдиним способом вирішити конституційний конфлікт, а не поглибити його. Мудрість конституційних судів полягає у тому, щоб усуватися від проблем такого характеру і відбирати собі проблеми, які вирішують правові кризи, а не загострюють їх.

Помилка суб'єктів права на конституційне подання при конструюванні цього конституційного конфлікту полягала в тому, що те, що теоретично є можливим, беззастережно подається як дійсне. Неодноразово в тексті конституційного подання 59 народних депутатів України застосовано слово „вбачається“, після чого справжній зміст нормативного положення, зокрема статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України, перекручується.

У конституційному поданні не досліджується сутність відповідних правових принципів щодо норми Кримінального кодексу України, яка заперечується, а також не проводиться поглиблений аналіз відповідної прецедентної практики ЄСПЛ або іноземної конституційної практики. Конституційне подання також неправильно тлумачить правову норму Кримінального кодексу України, яка заперечується, та ігнорує презумпцію конституційності її, таким чином, останній доступ до можливостей тлумачити цю норму кримінального права способом, що був би сумісний з конституційними вимогами.

Конструювання конституційної проблеми в конституційному поданні є відверто маніпулятивним і необґрунтованим. Авторами конституційного подання не наведено жодного факту, який свідчив би про саме таку інтерпретацію даної норми правозастосовними органами. При цьому КСУ було повністю проігноровано той факт, що практика застосування статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України не дозволяє стверджувати про якісь проблеми чи розбіжності в інтерпретації при її застосуванні. Тобто ми маємо справу з абсолютно штучно сконструйованим конституційним конфліктом.

### **3. Міжнародний досвід.**

Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення передбачена у законодавстві щонайменше 48 держав світу. Вона застосовується в різних



державках вже кілька десятків років, у т.ч. із використанням принципу екстериторіальності, що свідчить про міжнародно-правовий характер злочину „незаконне збагачення“.

Як правило, інститут незаконного збагачення запроваджувався у країнах Азії та Латинської Америки, в деяких пострадянських країнах, на кшталт Грузії, Литви, Молдови, де спостерігається високий рівень корупції та низький рівень доходів громадян, а окремі посадові особи органів державної влади мають величезні статки, які не співмірні із їхніми офіційними доходами як державних службовців. Зазначений інститут був імплементований в окремих державах як тимчасовий, оскільки за його допомогою поступово знижувалася корупція та неправомірне збагачення за рахунок корупції посадових осіб державної влади.

Перший міжнародний договір, який регламентував „незаконне збагачення“ – Міжамериканська конвенція проти корупції, прийнята на третій пленарній сесії 29 березня 1996 року. У ній зазначається, що: „Відповідно до своєї Конституції і основних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця, що ще не зробила цього, повинна вжити необхідних заходів для встановлення за своїм законодавством як злочину суттєвого збільшення майна урядового чиновника, що він не може зрозуміло пояснити у відношенні до його законних заробітків під час здійснення своїх функцій“ (стаття 9 Незаконне збагачування).

Стаття 1 Конвенції Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею від 12.07.2003 містить таке положення: „незаконним збагаченням визнається не лише значне збільшення активів державної посадової особи, яке він або вона не може раціонально обґрунтувати по відношенню до його або її доходу, а й будь-якої іншої особи“.

Згідно з пунктом 4 статті 3 Конвенції Ради Європи „Про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму“ від 16.05.2005 (ратифікована Україною 17.11.2010): „Кожна Сторона вживає таких законодавчих або інших заходів, які можуть

бути необхідними для того, щоб вимагати від правопорушника, стосовно серйозних злочинів або злочинів, визначених національним законодавством, докази походження підозрілих доходів або іншого майна, яке підлягає конфіскації, настільки, наскільки така вимога відповідає принципам її національного законодавства“.

Відповідно до пункту 1 статті 5 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 (ратифікована Україною 18.10.2006): „Кожна Держава-учасниця, згідно з основоположними принципами своєї правової системи, розробляє й здійснює або проводить ефективну скоординовану політику протидії корупції, яка сприяє участі суспільства і яка відображає принципи правопорядку, належного управління державними справами й державним майном, чесності й непідкупності, прозорості й відповідальності.“

Стаття 20 цієї ж Конвенції встановлює: „За умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати.“

Доречно зауважити, що рішення ЄСПЛ в більшій мірі стосуються певних моментів „спеціальної конфіскації майна“ у випадку наявності кримінальних проваджень за певні злочини, в тому числі, за незаконне збагачення. Зокрема, ЄСПЛ у справі „Гогітідзе та інші проти Грузії“ ((Заява № 36862/05) Страсбург, 12 травня 2015 року) у пункті 101 зазначив, що: „Стосовно законності мети, яка переслідувалась конфіскацією, що стала предметом оскарження, Суд зазначає, що захід був частиною ширшого законодавчого пакета, який був спрямований на посилення протидії корупції у сфері державної служби (див. вище пункти 49, 82 і 83). Зважаючи на національну нормативно-правову базу (див. вище пункти 52–54 і 85),

очевидним є те, що обґрунтування конфіскації майна, яке набуто незаконним чином або походження якого пояснити неможливо і яке належить особам, що були обвинувачені у серйозних злочинах протягом перебування на державній посаді, а також його рідним і близьким, було двояким і переслідувало як компенсаторну, так і превентивну мету“, а в пункті 105 вказав: „...тягар доведення законності походження майна, яке, як стверджувалось, було отримано незаконним шляхом, міг бути законним чином перекладений на відповідачів цих некримінальних проваджень щодо конфіскації, у тому числі цивільних проваджень in rem. По-третє, заходи щодо конфіскації могли застосовуватись не тільки безпосередньо до майна, яке було отримане незаконним шляхом, а й майна, доходів та інших непрямих прибутків, які були отримані шляхом конвертування або перетворення цінностей, отриманих злочинним шляхом, або змішані з іншим майном, джерело походження якого, можливо, є законним. Зрештою, заходи з конфіскації можуть бути застосовані не тільки до осіб, які безпосередньо звинувачуються у кримінальних злочинах, а й до будь-яких інших третіх осіб, які мають право володіння майном без необхідної добросовісності з метою приховування їхньої злочинної ролі у накопиченні цінностей, які є предметом розгляду у справі“.

Сполучені Штати Америки, ратифікувавши Конвенцію ООН проти корупції 30 жовтня 2006 року, використовують свідчення про незаконне збагачення як докази у кримінальних справах, а незаконне збагачення – як підставу для звільнення корумпованих офіційних осіб з їхніх посад.

Норми про незаконне збагачення містить законодавство Франції, Гонконгу, Індії, КНР.

В Аргентині, наприклад, передбачено, що будь-яка особа, яка не в змозі пояснити походження свого майна, отриманого під час державної служби або протягом двох років після її звершення, карається позбавленням волі від двох до шести років, штрафом від 50 до 100 % величини незаконного збагачення, а

також довічною заборонаю працювати в органах державної влади (стаття 268-1 КК Аргентини).

У Республіці Литва з 2010 року передбачено кримінальну відповідальність у випадку, якщо особа володіє майном, вартість якого перевищує 500 прожиткових мінімумів (близько 18 тис. євро), знаючи, ймовірно, що його власність не може бути придбана (або підтверджена) за його законний (офіційний) дохід, карається штрафом або арештом, або позбавленням волі на строк до чотирьох років (стаття 189-1 КК Литви).

У Кримінальному кодексі Республіки Молдова діє інститут незаконного збагачення, відповідно до якого „володіння посадовою чи публічною особою, особисто або через третіх осіб, майном, вартість якого істотно перевищує отримані ним кошти і щодо якої встановлено на підставі доказів, що воно не могло бути отримано законним шляхом, – карається штрафом в розмірі від 6000 до 8000 умовних одиниць або позбавленням волі на строк від 3 до 7 років з позбавленням в обох випадках права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років“, а „те саме діяння, вчинене особою, яка обіймає відповідальну державну посаду, – штрафом в розмірі від 8000 до 10000 умовних одиниць або позбавленням волі на строк від 7 до 15 років з позбавленням в обох випадках права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років“ (стаття 330-2 КК Республіки Молдова).

Крім того, існує ефективна практика щодо вирішення подібних конституційних конфліктів органами конституційного контролю в світі.

Зокрема, Рішення Конституційного Суду Литовської Республіки, в якому статтю про незаконне збагачення було визнано такою, що відповідає конституції цієї держави, а також здійснено обґрунтований аналіз на її відповідність принципам верховенства права і презумпції невинуватості. В цьому рішенні, зокрема, йдеться: „прагнучи зробити економічно невігідними злочини, пов’язані з корупцією, власністю, економікою, фінансами, інші корисливі злочини, а також запобігти таким діянням і нанесенню збитків

державі та суспільству“; інститут незаконного збагачення не регулює процедуру доведення винуватості особи, натомість це врегульовано у процесуальному законодавстві, згідно з яким прокурор зобов'язаний довести винуватість особи; підозрюваний чи обвинувачений має право надавати необхідні докази на свій захист, але обов'язок доводити відсутність незаконного збагачення у своїх діях на таку особу не покладається. Таким чином, Конституційний Суд Литовської Республіки дійшов висновку, що інститут незаконного збагачення не порушує презумпцію невинуватості особи, не перекладає обов'язок доказування на підозрюваного чи обвинуваченого, а також не примушує особу свідчити проти самої себе (<http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1688/summary>).

Конституційний Суд Республіки Молдова також визнав інститут незаконного збагачення таким, що відповідає Конституції. Його аргументація полягала в такому: обов'язок доводити незаконне збагачення лежить виключно на державних органах (п. 107); норма ст. 330-2 Кримінального кодексу не вимагає від державного службовця „раціонально обґрунтувати“ своє майно. Згідно із зазначеними положеннями не тільки невідповідність між вартістю майна і законно отриманими доходами призводить до засудження державного службовця. Текст закону „встановлено на підставі доказів, що воно [майно] не могло бути отримано законним шляхом“ вказує на те, що державні органи повинні представляти, в установленому законом порядку, додаткові докази незаконного характеру майна (п. 108); „Що стосується способу застосування цієї норми закону, виходячи з міркувань, викладених в § 78-82 цієї постанови, положення ст. 330-2 Кримінального кодексу не мають зворотної сили і не застосовні до майна, здобутого до вступу їх в силу“ (п. 109); оспорювані положення не перевищують межі конституційних норм і виправдані інтересами державної безпеки і боротьби з корупцією (п. 110) (<http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=358414&lang=2>).

Таким чином, у випадку врахування КСУ вищевказаних аргументів справа або взагалі не розглядалась би в суді через необґрунтованість конституційного подання, або концепція Рішення визнавала цю норму конституційною.

### III. Заперечення щодо мотивації Рішення та відсутність причин для визнання норми неконституційною

1. Конституційний Суд України стверджує, що положення статті не відповідають принципам верховенства права та презумпції невинуватості. Зокрема, стаття про незаконне збагачення нібито зобов'язує самого підозрюваного довести законність його статків.

Однак все залежить від того, як саме тлумачити презумпцію невинуватості, як абсолютне право чи ні. Як абсолютне право презумпція не могла тлумачитись в даному випадку в принципі, оскільки в нормі йдеться про спеціальних суб'єктів.

2. Конституційний Суд України стверджує, що диспозиція статті про незаконне збагачення перекладає обов'язок збору доказів законності підстав набуття активів зі сторони обвинувачення на сторону захисту. Це є порушенням презумпції невинуватості та права не свідчити проти себе.

Однак обвинуваченому надається право, а не обов'язок, надати необхідні докази для суду для спростування обвинувачення. У нормах кримінального процесуального законодавства чітко визначено, що обов'язок доведення вини лежить виключно на стороні обвинувачення і не робить винятків для статті „незаконне збагачення“. Таким чином, до статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України відносяться усі положення кримінального процесуального законодавства, зокрема щодо доказів і доказування, прав і обов'язків сторін тощо. Кримінальним процесуальним законодавством чітко передбачено, що сторона обвинувачення зобов'язана встановити всі обставини, що мають значення для справи, а відповідно – доводити

винуватість особи на підставі належних та допустимих доказів. У статті про незаконне збагачення не зазначено, що докази зобов'язаний збирати обвинувачений. Жодних винятків КПК щодо статті про незаконне збагачення стосовно порядку доказування не містить. Тому докази вини зобов'язана збирати сторона обвинувачення. Крім того, на сторону обвинувачення КПК покладає обов'язок досліджувати обставини, які виправдовують обвинуваченого. З практики ЄСПЛ випливає, що це право не є абсолютним і що закон не можна абстрактно вважати таким, що порушує цей принцип лише тому, що він робить висновки з ненадання обвинуваченим пояснень щодо доведеної обвинуваченням наявності достатньо серйозних доказів.

3. Конституційний Суд України стверджує, що порушено принцип справедливого судового розгляду та рівності сторін.

Однак обвинувачений має право надавати пояснення щодо доведеної державним обвинуваченням наявності достатньо серйозних доказів, включно зі спростовною презумпцією статків незрозумілого походження. Суд може зробити висновки на користь супротивної сторони, але ці висновки є домірними та обґрунтованими й не можуть становити єдину підставу для засудження. Вчинення злочину незаконного збагачення не позбавляє підозрюваного чи обвинуваченого будь-яких гарантій, наданих йому правилами кримінального провадження.

4. Конституційний Суд України стверджує, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України несумісна з принципом „non bis in idem“, оскільки вона встановлює „можливість притягнення до відповідальності двічі за діяння, які стали підставою для такого збагачення“.

Однак основна ідея криміналізації незаконного збагачення полягала в тому, щоб усунути вимогу щодо доведення зв'язку між діями державної посадової особи та вигодою, надалі отриманою за такі дії. Це означає, що брак доказів на користь обґрунтованого збільшення активів становить достатню ознаку для виникнення кримінальної відповідальності. Кримінальне переслідування за незаконне збагачення не потребує

одночасного переслідування за предикатний злочин, тобто для того, щоб у межах останнього положення настала кримінальна відповідальність, потребується лише відсутність обґрунтування суттєвого збільшення активів, а не вчинення обвинуваченим інших конкретних злочинів чи правопорушень.

5. Конституційний Суд України стверджує, що частина перша статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України порушує засади законності в аспекті незворотності дії закону в часі, тобто кримінальний злочин незаконного збагачення стосується правових відносин, що існували до запровадження такого поняття.

Однак статтю 368<sup>2</sup> слід тлумачити в світлі інших положень КК України, що встановлює загальні правила застосування кримінального права в часі. За результатами такого тлумачення немає підстав стверджувати, що визначення незаконного збагачення передбачає застосування закону зі зворотною силою. Слід припускати, що набуття активів у значному розмірі має відбуватися після набрання чинності статтею 368<sup>2</sup>. Відповідність оскаржуваної норми принципу неприпустимості зворотної дії може також підтверджуватися кваліфікацією кримінального правопорушення незаконного збагачення як продовжуваного злочину.

6. Конституційний Суд України стверджує, що стаття 368<sup>2</sup> не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, а тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України.

Однак КСУ не зазначив, у чому саме полягає неоднозначність формулювання статті про незаконне збагачення. Збільшення активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами – достатньо чітко проглядається з формулювання частини першої статті 368<sup>2</sup> – це положення може тлумачитися як таке, що передбачає настання кримінальної відповідальності лише тоді, коли доведено, що збільшення активів у значному розмірі не могло статися з використанням



законних доходів; таким чином, лише після перевірки всіх можливих способів набуття активів підтверджується, що обвинувачений не міг отримати значну суму доходу від своєї діяльності, не забороненої законом. Обвинувачений, якщо не сам, то за допомогою адвоката, здатний усвідомити зазначений зміст статті 368<sup>2</sup>, а також розрізнити законний і незаконний дохід, визначити заборонену законом діяльність і зрозуміти, які докази можуть бути використані, щоб підтвердити законність чи незаконність його доходів.

Закони, створені людиною і для людей, як правило, мають природу множинного тлумачення, на відміну від більш-менш однозначних фізичних законів. Якби Конституційний Суд України визнав, що гравітація є неконституційною, взаємодія фізичних тіл від цього нікуди не зникла б. Проблема правової визначеності – у природі законів, створених людиною. Вони не абсолютні, а є відвертим компромісом між їх бажаннями та здоровим глуздом (*ratio*). У цій нормі здоровий глузд вимагав застосовувати цю норму не як спосіб політичної розправи та з'ясування стосунків за принципом „друзям все, ворогам закон“, а як спосіб очищення України від корумпованої „еліти“.

#### **IV. Заперечення щодо резолютивної частини Рішення**

Отже, з огляду на вищенаведені аргументи стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України є конституційною, тобто такою, що відповідає Конституції України, без будь-яких застережень або обмежень.

При цьому КСУ мав залишити норму в силі, надавши їй казуальне тлумачення і вказавши, зокрема, що приміром сторона обвинувачення зобов'язана збирати докази в справах про незаконне збагачення, знявши таким чином, будь-які проблеми з можливим або уявним неадекватним застосуванням цієї норми, забезпечивши її належну реалізацію.

## V. Наслідки від прийняття Рішення

1. Рішення декриміналізувало статтю про незаконне збагачення. При цьому було не лише визнано неконституційним формулювання складу злочину у редакції 2015 року, а й скасовано карність такого діяння, звільнено підозрюваних і обвинувачених у незаконному збагаченні осіб від кримінальної відповідальності. Якщо норма про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення буде повернута до КК України, вона не матиме зворотної сили. Таким чином, екстремальний підхід КСУ зруйнував практику роботи системи новостворених антикорупційних органів. „Рішення Конституційного Суду, на наш погляд, є серйозним відступом у боротьбі з корупцією в Україні. Воно послаблює антикорупційну архітектуру України, включаючи створений зараз Вищий антикорупційний суд та Національне антикорупційне бюро України“ (Посол США в Україні Марі Йованович).

2. З огляду на реакцію соціуму в Україні та в західних демократіях, яка полягає в різкій критиці, Рішення завдало значної шкоди легітимності КСУ. Низька суспільна легітимність КСУ, що є одним із ключових елементів конституційної системи, робить цей орган малодієвим, а саму систему – нестійкою. Врешті-решт, мова йде про загрозу суспільній злагоді в державі.

3. Вихолощується сутність системи електронного декларування статків чиновників, ефективне функціонування якої було вимогою Плану дій з візової лібералізації ЄС, а також діючої програми макрофінансової підтримки України Європейським Союзом. Статки чиновників, вартість яких на мільйони гривень перевищує їхні офіційні доходи, можуть виявитися цілком законними.

4. Зважаючи на особисту зацікавленість багатьох політиків в Україні в скасуванні цієї статті, через відкриті проти них провадження за незаконне збагачення, включаючи парламентарів, представників Адміністрації Президента України і виконавчої влади, Рішення є політично вмотивованим і суперечить зобов'язанням України за ратифікованою Конвенцією ООН проти

корупції, домовленостям із Міжнародним валютним фондом та Європейським Союзом. Таким чином, КСУ політизувався, тобто піддався політичним впливам різних гілок влади.

5. Рішення завдало значної шкоди репутації України на міжнародній арені. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення була однією з вимог Євросоюзу на виконання Плану дій задля введення безвізового режиму та одним із зобов'язань України перед Міжнародним валютним фондом. Очевидно, що за таких репутаційних ризиків співробітництво України із західними демократіями буде поставлено в жорсткіші умови. А через принциповість питання боротьби з корупцією – рівень довіри до держави впаде до критично низького рівня.



Суддя  
Конституційного Суду України

**І. Д. СЛДЕНКО**