

## РОЗБІЖНА ДУМКА

судді Сергія Головатого

у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України (справа № 1-135/2018(5846/17) (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019)

(оновлена й доповнена 11 березня 2019 року)

### I.

1. Я не голосував разом із більшістю суддів за визнання статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України неконституційною через те, що не згоден загалом із юридичною позицією Суду, на якій це рішення уґрунтовано.

2. Рішення, що його ухвалила більшість, ґрунтується на тому, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України, мовляв, не відповідає приписам частини першої статті 8 (у частині вимоги юридичної визначеності як складової принципу верховенства права), статті 62, частини першої статті 63 Конституції України.

3. Я переконаний, що юридична позиція більшості суддів у цьому питанні є хибною, а стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України відповідає приписам частини першої статті 8, статті 62, частини першої статті 63 Конституції України.

### II.

#### *A. Щодо статті 8 Конституції України*

4. У конституційному поданні народних депутатів України стверджується, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України порушує «визначений Конституцією України принцип верховенства права» в частині його такої складової, як юридична визначеність (абзац 5 пункту 4 конституційного подання). Суд погодився з цим, зазначивши зокрема: «З огляду на наведене Конституційний Суд України дійшов висновку, 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» (абзац 12 пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

5. Я вважаю, що конкретний елемент «незаконного» збагачення – збільшення активів у значному розмірі, «законність» підстав набуття у власність яких не підтверджено доказами – достатньо чітко проглядається з формулювання частини першої статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України. Цей припис можна тлумачити як такий, що передбачає настання кримінальної відповідальності лише тоді, коли доведено, що збільшення активів у значному розмірі не могло статися з використанням «законних» доходів. Отже, лише після перевірки всіх можливих способів набуття активів підтверджується, що винувачена особа не могла отримати значну суму доходу від своєї діяльності, «не забороненої законом».

6. Винувачений, якщо не сам, то за допомогою адвоката, здатний усвідомити зміст статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України, а також розрізнити «законний» та «незаконний» дохід, визначити «заборонену законом» діяльність і зрозуміти, які докази можуть бути використані, щоб підтвердити «законність» чи «незаконність» своїх доходів.

7. Слід зважати на особливий статус винуваченого, тобто статус особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (державної посадової особи), адже державні посадові особи обізнані про підвищені стандарти доброчесності, що є застосовними до них під час перебування на посаді, а також про відповідні обов'язки щодо декларування та обґрунтування свого доходу згідно зі встановленими законодавством процедурами.

8. Принцип правовладдя («верховенство права») передбачає, що в тих випадках, коли виникає якась законодавча неясність або суперечність, головний обов'язок органів судової влади полягає в тому, щоб усунути неясність або розв'язати суперечність шляхом тлумачення та застосування судами кримінального законодавства в такий спосіб, щоб воно було узгодженим і передбачним.

### ***Б. Щодо статті 62 Конституції України (презумпція невинуватості)***

9. У конституційному поданні стверджується, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України «покладає тягар доведення невинуватості на саму особу» (абзац 7 пункту 1 конституційного подання), тоді як стаття 62 Конституції визначає, що «ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину» (абзац 6 пункту 1 конституційного подання).

10. Суд погодився із наведеним твердженням, вбачаючи в конструкції статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України можливість перекладання обов'язку «збирати докази законності підстав набуття особою у власність

активів у значному розмірі зі сторони обвинувачення (держави) на сторону захисту (підозрюваного або обвинуваченого), що є неприпустимим з огляду на конституційний принцип презумпції невинуватості» (абзац 5 пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

11. Я вважаю, що формулювання статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України жодним чином не дає підстав для припущення, що підозрюваний/винувачений (сторона захисту) несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування аргументів винувачення. Таке формулювання не вимагає від особи пояснювати «законність» походження своїх доходів чи надавати будь-яке інше підтвердження або інформацію. Приписи статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України стосуються доказів, на підставі яких має бути підтверджено відсутність «законних» джерел набуття у власність активів у значному розмірі, що належать посадовій особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Такі докази, за правилами кримінального провадження, мають збирати та надавати судові органи публічного винувачення. Отже, закладений у статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України підхід створює рівновагу між інтересом держави в сфері боротьби з корупцією та правами підозрюваного/винуваченого, покладаючи на прокурора обов'язок довести вину особи, яку підозрюють/винувачують у вчиненні злочину, чим є «незаконне» збагачення, а особа може її спростувати.

***В. Щодо частини першої статті 63 Конституції України («особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї...»)***

12. У конституційному поданні стверджується, що статтю 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України сформульовано в такий спосіб, що «змушує особу давати свідчення щодо себе і своїх родичів» (абзац 5 пункту 2 конституційного подання).

13. Суд, приставши на позицію суб'єкта права на конституційне подання, дійшов висновку, що «стаття 368<sup>2</sup> Кодексу... не узгоджується... з конституційним приписом щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів... (частина перша статті 63 Конституції України)» (абзац 3 пункту 7 мотивувальної частини Рішення). Тобто Суд сприйняв статтю 368<sup>2</sup> Кодексу як таку, що допускає самовинувачення.

14. Я вважаю, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України не вимагає від винуваченої особи надавати будь-які пояснення та не зобов'язує, в прямій формі, надавати інформацію. Підсудний має право, але не зобов'язаний

надавати пояснення щодо походження активів, про «незаконність» яких стверджує сторона винувачення. Припис Кримінального кодексу *per se* не встановлює будь-якого тягаря доведення щодо надання доказів. Це є предметом регулювання виключно нормами кримінального процесуального права.

15. Понад те, навіть якщо таких пояснень вимагало б українське законодавство, це не становило б порушення права не свідчити проти самого себе (що підтверджує практика ЄСПЛ, зокрема його рішення в справах: *Saunders v. UK*, 17 грудня 1996 року, заява № 19187/91; *Jalloh v. Germany*, 11 липня 2006 року, заява № 54810/00; *O'Halloran and Frabcis v. UK*, 29 червня 2007 року, заяви № 15809/02 та № 25624/02; *Allen v. UK*, 10 вересня 2002 року, заява № 76574/01; *Funke v. France*, 25 лютого 1993 року, заява № 10828/84).

### III.

16. Закон України «Про Конституційний Суд України» передбачає, що оприлюднення рішень Суду здійснюється на офіційному веб-сайті Суду «не пізніше наступного робочого дня після їх ухвалення» (частина перша статті 94), а також те, що «суддя викладає окрему думку в письмовій формі, що додається до відповідного акта Суду та без зволікання оприлюднюється на офіційному веб-сайті Суду» (частина друга статті 93).

17. Європейська Комісія «За демократію через право» в Доповіді «Щодо окремих думок в конституційних судах» схвалила як стандарт: «Окремі думки становлять частину рішення й тому мають бути опубліковані в кожній справі разом із рішенням більшості та в порядку *ex officio*, а не лише на вимогу суддів, що виклали ці думки. Ця вимога застосовується як щодо видання, в якому здійснюється оприлюднення, так і щодо часу оприлюднення» (*Report on Separate Opinions of Constitutional Courts. CDL-AD(2018)030 rev. 17 December 2018, para. 57*).

18. Регламент Суду передбачає, що суддя може викласти свою окрему думку «не пізніше дванадцятого робочого дня з дня ухвалення рішення» (пункт 1 § 74 Регламенту).

19. З огляду на те, що українське законодавство в окресленому питанні не відповідає європейському стандарту (як позиції Венеційської Комісії, що її наведено в пункті 17 моєї окремої думки) і ставить суддю в рамки неможливого – фізично суддя не в змозі підготувати окрему думку стосовно рішення Суду в строк «не пізніше наступного робочого дня після його ухвалення» з тим, щоб її було оприлюднено одночасно з самим рішенням.

Наразі викладено лише коротку версію, повну ж версію своєї окремої думки я викладу в строк, визначений Регламентом Суду – «не пізніше дванадцятого робочого дня з дня ухвалення рішення».

27 лютого 2019 року

## Доповнення

### IV.

20. Скориставшись порядком, що його надає судді припис частини другої § 74 Регламенту Суду стосовно строків викладення окремої думки, я подаю нижче її повну версію, одночасно внісши до розділу II вище певні правки, здебільшого – суто синтаксичного характеру: слова та вирази *законний, незаконний, законність, незаконність, заборонена законом, не заборонена законом* узяті в лапки. Така чисто семантична зміна обумовлена виключно тим, щоб привернути увагу до тих юридичних понять, що належать до стрижневих елементів і самого предмета конституційного подання. Їх смислове розуміння й тлумачення, власне, й лягло в основу юридичної позиції Суду, яку я вважаю хибною.

21. Окрім того, нижче трохи докладніше йтиметься про *юридичну визначеність* як складник імперативу *правовладдя* (вмонтованого в Конституцію України як формула припису частини першої статті 8), а також про деякі інші аспекти рішення Суду, що їх не було порушено під час викладення короткої версії окремої думки.

#### ***А. Юридична визначеність***

22. Розглядаючи співвідношення Конвенції з прав людини та основоположних свобод 1950 року і національного права європейських країн (зокрема національних конституцій), Європейський Суд з прав людини зазначив, що в більшості випадків головними інструментами втілення «спільної спадщини» європейських народів, до якої преамбула Конвенції, з-поміж іншого, відносить і *правовладдя (the rule of law)*, по суті, виступають національні конституції (справа *The Communist Party of Turkey v. Turkey*, 30 January 1998, reports of Judgments and Decisions 1998-I, para. 28).

23. У Конституції України такий елемент «спільної спадщини» європейських народів, як *правовладдя (the Rule of Law)*, у загальному вигляді – як

принцип – втілено через юридичну формулу частини першої статті 8: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права». Ставши юридичним імперативом національного правопорядку, він належить до тієї групи принципів, що становить засади українського конституційного ладу.

24. У сучасній Європі досягнуто консенсус щодо стрижневих елементів поняття *the Rule of Law* (правовладдя). Ці елементи є не лише формальними, а й матеріальними (субстанційними). Одним із таких стрижневих елементів правовладдя («верховенства права») є *юридична визначеність*.

25. Вимога юридичної визначеності полягає в тому, щоб акти права (їх приписи) було укладено в зрозумілий спосіб, що забезпечує актам права (їх приписам) передбачний характер. Передбачність означає, що приписи акта права мають бути передбачними за своїми наслідками: «їх має бути сформульовано з достатньою чіткістю та зрозумілістю, щоби суб'єкти права мали могли впорядкувати свою поведінку згідно з ними» (*Мірило правовладдя. Дослідження № 711/2013. Ухвалено Венеційською Комісією на 10-му пленарному засіданні, 11–12 березня 2016 року, параграф 58*).

26. Ув основу наведеного вище посутнього змісту вимоги юридичної визначеності як стрижневого елемента правовладдя («верховенства права») покладено тлумачну практику Європейського Суду з прав людини<sup>1</sup>, на якій постали вимоги щодо «якості закону (припису/норми права)».

27. Класичною вважається справа *The Sunday Times v. the United Kingdom* (1979), в якій Європейський Суд з прав людини установив такі вимоги щодо «якості закону (припису/норми права)» в контексті юридичної визначеності: «по-перше, приписи права мають бути достатньо зрозумілими: в розпорядженні громадянина має бути певна настанова [щодо поведінки], котра точно відповідає умовам юридичних норм, застосовним у конкретному випадку»; «по-друге, норма не може розглядатись як “право”, якщо її не сформульовано з достатньою чіткістю, що дає громадянину змогу регулювати свою поведінку: він повинен бути в змозі – при потребі не без відповідної [правничої] поради – передбачити, тією мірою, що є прийнятною за конкретних обставин, наслідки, до яких може призвести певна виконана дія» (параграф 49). Із першої формули, що міститься в наведеній цитаті з рішення в справі *The Sunday Times v. the United Kingdom* (1979), випливає *принцип доступності змісту норми права*, а з другої – *принцип передбачності норми права*.

<sup>1</sup> Справи: *The Sunday Times v. the United Kingdom*, 26 April 1979, Series A, No. 30, para 49; *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, Series A, No. 61, paras 87-88; *Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, Series A, No. 82, para 66; *Olsson v. Sweden*, 24 March 1988, Series A, No. 130, para 61.

28. Потрібний ступінь передбачності припису (норми) права є істотним для кримінального законодавства.

29. Угрунтовуючи свій висновок про те, що «стаття 368<sup>2</sup> Кодексу не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, а тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України» (абзац 12 пункту 5 мотивувальної частини Рішення), зокрема й на тій підставі, що «диспозиція цієї норми сформульована недостатньо чітко й допускає неоднозначне її розуміння, тлумачення й застосування» (абзац 3 пункту 7 мотивувальної частини Рішення), Суд послався, з-поміж усього іншого, також на рішення Європейського Суду з прав людини в справі *The Sunday Times v. the United Kingdom* (1979). Отже, більшість суддів Конституційного Суду України застосувала рішення Страсбурзького Суду в цій справі на доказ неконституційності статті 368<sup>2</sup> Кодексу, тоді як я стверджую цілком протилежне: диспозицію цієї норми сформульовано достатньо зрозуміло й достатньо чітко; її формулювання цілковито відповідає юридичній позиції Страсбурзького Суду прав людини, висловленій у рішенні в справі *The Sunday Times v. the United Kingdom* (1979) стосовно принципів *доступності змісту норми права* та її *передбачності*.

30. Стосовно тези в Рішенні про те, що диспозиція цієї норми «допускає неоднозначне її розуміння, тлумачення й застосування», я поділяю міркування, що його висловив колега суддя Колісник В. П. у своїй окремій думці стосовно цього Рішення: «Складається враження, що Рішення засноване переважно на підході, згідно з яким на предмет конституційності перевірявся не так зміст статті 368<sup>2</sup> 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» (абзац 12 Окремої думки судді Конституційного Суду України Колісника В. П.).

31. Угрунтування висновку про те, що «стаття 368<sup>2</sup> Кодексу не відповідає вимозі юридичної визначеності», здійснено в Рішенні виключно на підставі наведеної вище тези: «диспозиція цієї норми сформульована недостатньо чітко й допускає неоднозначне її розуміння, тлумачення й застосування». Тобто замість юридичного обґрунтування – «гіпотетична можливість неефективного застосування» статті 368<sup>2</sup> Кодексу та «обумовлені таким підходом припущення». Жодного іншого обґрунтування в цій площині

юридична позиція більшості не містить. Тому це дає мені підстави стверджувати: Рішення є цілковито необґрунтованим у частині визнання статті 368<sup>2</sup> Кодексу такою, що не відповідає вимозі юридичної визначеності як складової конституційного принципу верховенства права (частина перша статті 8 Конституції України). Але в цьому полягає лише ф о р м а л ь н и й бік справи, що не дозволив мені підтримати позицію більшості суддів. Хоча він має неабияке юридичне значення, бо стаття 89 (пункт 3 частини першої) Закону України «Про Конституційний Суд України» («Вимоги до рішення Суду») містить, з-поміж усього іншого, як доконечність і таку вимогу: «Суд обґрунтовує своє рішення»

32. Куди вагомішою виявляється м а т е р і а л ь н а (субстанційна) сторона предмета, в чому виявляється цілковита хибність юридичної позиції, що її висловила більшість у Рішенні, твердячи про «нечіткість», «неточність», «неоднозначність» норми – першого речення частини першої статті 368<sup>2</sup> Кодексу. На користь того, що ця норма є *достатньо чіткою* та *достатньо зрозумілою*, а тому відповідає вимозі юридичної визначеності в рамках імперативу правовладдя, вказують зокрема такі елементи, що впливають із самої цієї норми:

- кримінальна відповідальність настає лише тоді, коли в судовому порядку доведено, що збільшення статків (майна) в значних розмірах не могло статися за рахунок тих доходів, що визнані законними; йдеться про те, що відповідальність настає лише тоді, коли за результатами перевірки в судовому порядку всіх можливих способів набуття у власність майна доведено, що особа не могла набути у власність доходи у такому розмірі, що є значним і що є результатом такої діяльності цієї особи, що не заборонена приписами права;
- сама винувачена особа – не в останню чергу через вимоги до зайняття посади, на якій вона перебуває: в змозі з'ясувати для себе закладений у цю норму зміст; здатна відрізнити обґрунтований (на законі/приписах права) дохід від необґрунтованого; спроможна визначитися стосовно тих видів діяльності, що їх заборонено приписами права; може розуміти, які саме дані або факти може бути використано на підтвердження обґрунтованості чи необґрунтованості її доходів;
- особливий статус особи, на котру поширюється ця норма («особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування»), має наслідком те, що будь-який *посадовець публічної служби* заздалегідь є обізнаним, що застосовні до нього



стандарти доброчесності під час перебування на посаді є завищеними; так само така особа заздалегідь є обізнаною з тим, що перебування на певній посаді публічної служби має наслідком для неї (особи) відповідні обов'язки – декларувати та пояснювати (виправдовувати) свої доходи відповідно до процедур, установлених приписами національного права;

- якщо навіть припустити, що особа, на котру поширюється ця норма, не здатна (не спроможна) досягнути (зрозуміти) закладений у цю норму зміст – у що важко повірити, то на виправлення такого стану особа може скористатися гарантованим статтею 59 Конституції правом на професійну правничу допомогу;
- одним із ключових елементів поняття «незаконне збагачення» (що виступає як назва статті 368<sup>2</sup> Кодексу) є *брак пояснення (виправдання) щодо правомірності (підтвердження) зростання статків (майна) в значному розмірі*; цей елемент є неодмінним при з'ясуванні сутності поняття, що служить назвою статті 368<sup>2</sup> Кодексу; його слід розуміти не інакше, ніж це пояснили укладачі Конвенції ООН, зокрема її статті 20 – як *«значне зростання статків (майна) посадовця публічної служби, що він чи вона не може прийнятно пояснити [стосовно свого правомірного доходу]»*; йдеться про те, що бракує будь-яких посилань або довідок щодо конкретних підстав такого зростання чи тих даних (фактів, ознак, доказів), що потрібні для доведення його закономірності; під час укладання тексту статті 20 Конвенції цей елемент – *«брак пояснення»* – не викликав сумнівів щодо його відповідності вимогам *чіткості (зрозумілості)* та *передбачності* (про це йдеться в підготовчих матеріалах із опрацювання Конвенції: *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Corruption*, режим доступу: <https://bit.ly/2laalUV>).

33. Отже, матеріальна (субстанційна) площина дослідження питання, порушеного в конституційному поданні, на прикладі викладених вище елементів (що впливають із припису першого речення частини першої статті 368<sup>2</sup> Кодексу) показує, що немає юридичних підстав визнавати цей припис неконституційним через його невідповідність вимозі юридичної визначеності як складової принципу верховенства права (частина перша статі 8 Конституції).

### *Б. Конституція України та міжнародне право*

34. У пункті 2.2 Рішення дослівно наведено приписи обох частин статті 9 Конституції України, зазначено, що Україна 18 жовтня 2006 року ратифікувала Конвенцію ООН проти корупції 2003 року та в довільній формі (а не як цитату з офіційного документа) викладено текст статті 20 цього універсального міжнародного договору, що набрав чинності для України 1 січня 2010 року.

35. Суд звернув увагу на те, що імплементація державою Конвенції ООН проти корупції в національне право в питанні криміналізації «незаконного збагачення», як випливає зі статті 20 цього міжнародного договору, можлива «за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи» (абзац 2 пункту 2.2 мотивувальної частини Рішення). Осібно в Рішенні наголошено, що «при криміналізації будь-якого суспільно небезпечного діяння треба виходити насамперед із принципів та норм Конституції України» (абзац 3 пункту 2.2 мотивувальної частини Рішення). На додаток зазначено, що «протидія корупції має здійснюватися виключно правовими засобами з дотриманням конституційних принципів та приписів законодавства, ухваленого відповідно до Конституції України» (абзац 4 пункту 2.2 мотивувальної частини Рішення).

36. Залишається відкритим таке питання: яку мету переслідує Рішення в кожному з цих випадків – коли Суд *звертає увагу* на потребу «дотримання національної конституції» та «основоположних принципів національної юридичної системи», якщо держава вирішує запровадити кримінальну відповідальність за «незаконне збагачення» на основі статті 20 Конвенції; коли Суд *наголошує*, що при цьому «треба виходити насамперед із принципів та норм Конституції України»; коли Суд *вказує* на те, що «протидія корупції має здійснюватися виключно правовими засобами з дотриманням конституційних принципів»? На це питання в Рішенні не знайти відповіді, а сам такий стиль викладу юридичної позиції Суду можна сприймати як відвертий натяк на те, що криміналізацію «незаконного збагачення» в Україні – шляхом запровадження в Кримінальному кодексі статті 368<sup>2</sup> за формулюванням, конституційність якого суб'єкт конституційного подання поставив під сумнів – здійснено без «дотримання національної конституції» та «основоположних принципів національної юридичної системи або ж поза «принципами та нормами Конституції України». Саме як *натяк*, бо в цій частині Рішення не наведено ні юридичного аналізу, ні юридичного обґрунтування, ні юридичних висновків стосовно того, що імплементацію статті 20 Конвенції ООН проти корупції в українське кримінальне

законодавство було здійснено або без «дотримання національної конституції» та «основоположних принципів національної юридичної системи, або поза «принципами та нормами Конституції України». Понад те Рішенню бракує юридичного аналізу того, якими є наслідки співвідношення між ратифікованою Україною Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України для статті 368<sup>2</sup> Кодексу, тоді як дослідження цього предмета – доконечна умова розв'язання питання, що його порушено в конституційному поданні.

37. Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію ООН проти корупції 18 жовтня 2006 року (Закон № 251-V), що набрала чинності для України 1 січня 2010 року. Відповідно до припису частини першої статті 9 Конституції Конвенція стала частиною українського законодавства. З огляду на те, що укладення Україною міжнародного договору, який суперечить її Конституції, є можливим лише після внесення відповідних змін до Конституції (частина друга статті 9 Конституції), а при ратифікації цієї Конвенції ніхто не порушив питання про потребу вносити у зв'язку з цим зміни до Конституції, то є юридичні підстави вважати приписи статті 20 Конвенції (як норми українського законодавства) такими, що відповідають Конституції України. Отже, імплементацію статті 20 Конвенції ООН проти корупції в українське кримінальне законодавство було здійснено з «дотриманням національної конституції», «основоположних принципів національної юридичної системи» та в рамках «принципів і норм Конституції України». Тому не було жодної потреби особі в Рішенні «звертати увагу», «наголошувати» чи «вказувати» на всі такі аспекти.

38. У приписах статті 368<sup>2</sup> Кодексу втілено легітимну мету, що її переслідує припис статті 20 Конвенції: 1) Україна «визнала злочином» (формула Конвенції) «умисне незаконне збагачення»; 2) за цей злочин Україна запровадила кримінальну відповідальність для «особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» («посадовця публічної служби» – формула Конвенції); 3) зміст поняття «умисне незаконне збагачення» в статті 368<sup>2</sup> Кодексу («набуття у власність активів у значному розмірі») є тотожним формулі, що її містить стаття 20 Конвенції – «значне збільшення майна»; 4) спільним і не можна сказати, що не тотожним за змістом для цих двох актів права – національного й міжнародного, – є елемент, що виступає характеристикою «збільшення активів у значному розмірі» – «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» (стаття 368<sup>2</sup> Кодексу), «значне збільшення..., яке перевищує її законні

доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати» (стаття 20 Конвенції за текстом офіційного перекладу).

39. Імператив *правовладдя* («верховенства права») в аспекті зв'язку між правом міжнародним і правом національним означає: держава, котра взяла на себе зобов'язання за відповідним міжнародним договором, реалізовує втілення цього договору в рамках національного правопорядку на підставі принципу *pacta sunt servanda* (договорів слід дотримуватися) як способу, в який міжнародне право виявляє принцип *законності*, який, своєю чергою, є одним із складників *правовладдя* («верховенства права»). При цьому «держава не може покликатись на приписи свого внутрішнього права для виправдання невиконання нею договору» (стаття 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів). Як зазначено в документі Венеційської комісії, «... цілковита реалізація міжнародного права в національній системі є критично важливою. Коли міжнародне право є частиною національного права, воно є зобов'язальним...» (*Мірило правовладдя. Дослідження № 711/2013. Ухвалено Венеційською Комісією на 10-му пленарному засіданні, 11-12 березня 2016 року, параграф 48*).

40. З огляду на сказане, я вважаю, що тлумачення статті 368<sup>2</sup> Кодексу під час перевірки її на конституційність мало здійснюватися передовсім із неодмінним урахуванням того змісту, що його заклала в статтю 20 Конвенції сама Організація Об'єднаних Націй. Адже саме вона опрацювала текст цього міжнародного договору та його ухвалила (Резолюція ГА ООН 58/4 від 31 жовтня 2003 р.). Крім того, з метою надання допомоги державам, які, ратифікували Конвенцію та вирішили здійснити її імплементацію в національне право, ООН в особі свого відповідного підрозділу (Бюро ООН з наркотиків і злочинів Управління з питань договорів) 2006 року видала *Законодавчий поради́к для імплементації Конвенції ООН проти корупції* як офіційний документ, адресований передовсім національному законодавцеві. З метою полегшення гармонізації національного права з цим міжнародним договором у *Законодавчому поради́ку* роз'яснено суть базових вимог Конвенції. Водночас зроблено застереження, щоб національний законодавець під час інкорпорації приписів Конвенції в національне право був досить обережним, коли дослівно переказуватиме мову (формули або термінологію) цього міжнародного договору. Суд під час розв'язання порушеного в конституційному поданні питання не взяв до уваги пояснення змісту статті 20 Конвенції, наведеного в *Законодавчому поради́ку*.

41. Крім цього, як це видно з Рішення, цілковито залишився поза увагою підготовлений Антикору́пційною ініціативою Європейського Союзу (EUACI)

та надісланий ще 4 червня 2018 року на ім'я Голови Суду висновок *Amicus Curiae* (що його підписали Голова представництва Європейського Союзу в Україні пан Хюг Мінгареллі та Голова Консультативної місії Європейського Союзу пан Кястутіс Ланчінскас), в якому міститься юридична аргументація щодо того, як можна розглядати порушене в конституційному поданні питання з погляду міжнародного публічного права та конституційних стандартів, що застосовуються в Україні. На моє переконання, в основу Рішення слід було покласти юридичну аргументацію, наведену саме у висновку *Amicus Curiae*.

### ***V. Висновок Amicus Curiae від Антикорупційної ініціативи Європейського Союзу (EUACI)***

42. Корисність висновку *Amicus Curiae* полягає в тому, що наведена в ньому юридична аргументація є більше ніж достатньою для того, щоб порушене в конституційному поданні питання розв'язати цілком протилежно – довести та визнати, що стаття 368<sup>2</sup> Кодексу не суперечить Конституції. Ця аргументація є багатоплановою – вона побудована на системному й усебічному аналізі таких питань: а) міжнародний досвід стосовно запровадження й удосконалення кримінальної відповідальності за злочини «незаконного збагачення» як інструменту подолання корупції; б) практика Європейського суду з прав людини; в) зарубіжна практика судів конституційної юрисдикції.

***(а) запровадження й удосконалення кримінальної відповідальності за злочини «незаконного збагачення» як інструменту подолання корупції: міжнародний досвід***

43. Наведений у висновку *Amicus Curiae* матеріал показує, що вперше такий вид злочину, як «незаконне збагачення» (англійською – *illicit enrichment*), запровадила **Аргентина** 1964 року. Тоді ж рівнозначно вчинила **Індія**. **Гонконг** 1971 року запровадив подібний злочин, позначивши його як «володіння майном, щодо якого бракує пояснення» (англійською – *possession of unexplained property*). Натепер близько **45 країн світу** застосовують саме цей інструмент для подолання корупції.

44. У висновку *Amicus Curiae* подано конкретні приклади того, в який спосіб це питання розв'язано в рамках національного законодавства окремих країн, і

наведено його відповідні формули: зі статті 189-1 Кримінального кодексу Литви (2010 р.), зі статті 308-1 Кримінального кодексу Киргизстану (2012 р.) та з її нової версії – статті 323 в редакції 2017 р.), зі статті 330-2 Кримінального кодексу Молдови (2014 р.), зі статті 22 Кримінального кодексу Монголії (2016 р.), зі статті 310.1 Кримінального кодексу Вірменії (2016 р.), зі статті 194 Кримінального кодексу Грузії та зі статті 321-6 Кримінального кодексу Франції. На прикладі наведених формул, що містяться в кримінальному законодавстві цих країн, легко переконатись у тому, що всіх їх виписано на основі статі 20 Конвенції ООН, а українська формула диспозиції статті 368<sup>2</sup> Кодексу мало чим відрізняється (за суттю предмета регулювання) від них. Водночас особливим у цьому аспекті є кримінальне законодавство Литви, позаяк воно поширює застосування поняття «незаконне збагачення» (*illicit enrichment*) не лише на посадовців публічної служби, а й на будь-яку іншу особу.

#### б) практика Європейського суду з прав людини

45. У висновку *Amicus Curiae* докладно подано позицію Європейського суду з прав людини стосовно тих ключових питань, на які спирається суб'єкт конституційного подання, а також що їх більшість суддів Конституційного Суду України поклала в основу своєї юридичної позиції, як-то: «порушення презумпції невинуватості», «перекладання тягаря доведення невинуватості на саму особу», «примушування особи до свідчення проти самої себе» тощо.

46. Наведені в документі рішення Європейського суду з прав людини в справах *Salabiaku v. France* (application no. 10519/83, Judgment of 7 October 1988), *Falk v. the Netherlands* (application no. 66273/03, Judgment of 19 October 2004), *John Murray v. UK* (application no. 18731/91, Judgment of 8 February 1996), *Telfner v. Austria* (application no. 33501/96, Judgment of 20 June 2001), *Saunders v. UK* (application no. 19187, Judgment of 17 December 1996), *Jalloh v. Germany* (application no. 54810/00, Judgment of 11 July 2006), *O'Halloran and Francis v. UK* (applications no. 15809/02 and no. 25624/02, Judgment of 29 June 2007), *Allen v. UK* (application no. 76574/01, Decision of 10 September 2002), *Funke v. France* (application no. 10828/84, Judgment of 25 February 1993) є достатньо переконливими в тому, що формулювання статті 368<sup>2</sup> Кодексу жодним чином не суперечить юридичним позиціям Страсбурзького Суду в питаннях презумпції невинуватості, тягаря доведення вини особи чи права особи не свідчити проти себе. У цьому аспекті вартою на те, щоб її навести

тут, є показана в *Amicus Curiae* юридична позиція Європейського суду з прав людини в справі *John Murray v. UK*, де зокрема зазначено, що:

«... у кожному конкретному випадку питання полягає в тім, чи представлені обвинуваченням докази є достатньо переконливими, щоб вимагати відповіді. Національний суд не може робити висновок, що винувачений є винним, лише тому, що він воліє зберігати мовчання. Тільки тоді, якщо доказ проти винуваченого “вимагає” якого-небудь пояснення, що його винувачений найімовірніше спроможний надати, ненадання будь-якого пояснення “може, з погляду здорового глузду, дозволити зробити висновок про те, що пояснення немає та що винувачений є винним”. І навпаки: якщо доказовість у представленій обвинуваченням справі є настільки малою, що при цьому пояснення не потребується, то його ненадання не може служити підтвердженням висновку про вину» (параграф 51).

47. З огляду на те, що Україна, ратифікувавши Європейську конвенцію з прав людини, визнала – відповідно до її статті 46 – обов’язковою для себе юрисдикцію Європейського суду з прав людини, я вважаю, що при розв’язанні порушених у конституційному поданні питань не можна було не брати до уваги напрацьовану в цьому аспекті практику Страсбурзького Суду, що її наведено у висновку *Amicus Curiae*.

#### ***в) зарубіжна практика судів конституційної юрисдикції***

48. У висновку *Amicus Curiae* розлого наведено практику судів **Аргентини, Киргизії, Литви, Молдови та Франції** в питанні сумісності кримінального переслідування за «незаконне збагачення» з принципом презумпції невинуватості в рамках формул, що містяться в кримінальних кодексах цих країн та стосовно яких формула статті 368<sup>2</sup> українського закону є аналогічною. З цієї практики постає, що національні суди (конституційні та інші) цих країн чітко визначились у таких питаннях, як:

- підозрювана/винувачена особа, маючи право на юридичний захист, може ним користуватися та спростовувати докази, представлені інститутом винувачення;

- можливість надати пояснення за викликом до суду створює гарантію на користь посадової особи;
- норми кримінальних кодексів не регламентують процес доказування в цьому випадку;
- розслідування та доказування щодо цього виду злочину є складовою частиною кримінального процесу;
- обов'язок доводити вчинення такого злочину лежить не на особі, а на інститутові публічного винувачення;
- підозрювана/винувачена особа не має жодного обов'язку в цьому аспекті;
- кримінальна відповідальність настає за нездатність посадової особи обґрунтувати наявні статки (майно; кошти).

49. За дуже переконливий приклад юридичного обґрунтування в цьому аспекті можна брати рішення Конституційної палати Верховного Суду **Киргизької Республіки** (№ 35-р., 25 червня 2014 року), відповідно до якого не було виявлено порушення конституційної гарантії презумпції невинуватості стосовно злочину «незаконного збагачення» (*illicit enrichment*), що його в Кримінальному кодексі цієї країни сформульовано аналогічно до формулювання, яке міститься в статті 20 Конвенції ООН:

*«5. Склад цього злочину (corpus delicti) є наявним лише тоді коли, посадова особа не може виправдати таке значне збільшення свого майна, яке перевищує його законний дохід. [...] Якщо особа надає дані щодо правомірної природи набуття власності, підстави для притягнення її до кримінальної відповідальності зникають. Відповідно, обов'язок посадовця публічної служби надати дані щодо значного збільшення його майна в розмірі, що перевищує його законний дохід, є складовою його обов'язків і здійснюється в рамках його службової діяльності.*

*Доконечність підтвердити походження свого майна, як один із обов'язків державного службовця, виникає з його іншого обов'язку – показати свої доходи, майно та грошові зобов'язання, метою чого є виявлення корупційних порушень, та запобігти їм. Контроль стосовно правильності поданої в деклараціях державних службовців інформації здійснюється шляхом перевірки декларацій, що може включати обов'язок пояснити законність значного збільшення їх майна. У протилежному разі настає вихолощення обов'язку посадової особи показати свої доходи, а такий обов'язок*



не досягає своєї мети. У цьому зв'язку виконання обов'язку посадової особи підтвердити чи виправдати таке значне збільшення свого майна, яке перевищує її доходи, здійснюється в рамках її обов'язків, що впливають із особливої природи її статусу за публічним правом і службової діяльності, і не розглядається як доведення чиєїсь невинуватості в рамках кримінального судочинства. [...]».

«б. Розслідування будь-якого злочину, включно з незаконним збагаченням (*illicit enrichment*), регламентує Кримінальний процесуальний кодекс Киргизької Республіки, відповідно до якого представлення доказів є частиною кримінального процесу. Будь-яка дія з боку органів розслідування має зважати на принцип презумпції невинуватості, й вони повинні збирати докази стосовно вини винуваченого (підозрюваного) за процедурою, встановленою приписами права. Із цього боку, тягар доведення, безвідносно суб'єкта злочину, лежить на органах розслідування, тоді як надання показань є правом, а не обов'язком винуваченого. У протилежному разі інше розуміння статті 308-1 КК суперечитиме конституційному приписові щодо презумпції невинуватості.

З цієї причини приписи КК, що є предметом оспорювання, [...] не суперечать конституційним принципам презумпції невинуватості й рівності всіх перед законом і судом» (Див.: Висновок *Amicus Curiae* від Антикорупційної ініціативи Європейського Союзу, розділ 3.3, А (2)).

50. Я вважаю, що наведений у висновку *Amicus Curiae* досвід розв'язання питання сумісності кримінального переслідування за «незаконне збагачення» з принципом презумпції невинуватості судами зарубіжних країн є цілком придатним, щоб його можна було використати для розв'язання цього самого питання в рамках провадження за конституційним поданням 59 народних депутатів України.

### ***Г. Концепція «спростовної презумпції»***

51. Із перебігу розгляду та ухвалення останньої редакції статті 368<sup>2</sup> Кодексу випливає, що законодавець погодився з позицією авторів одного із законопроектів у тому, що таке формулювання не порушує принципу презумпції невинуватості (стаття 62 Конституції) та права особи не свідчити проти себе (стаття 63 Конституції). На це вказує зміст підготовчих матеріалів

зі внесення змін до кримінального законодавства України, конкретно – Пояснювальної записки до проекту Закону України «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань» № 4573 від 26 березня 2014 року, де, зокрема, зазначено, що:

- *«Відповідальність за незаконне збагачення [...] не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь, а зосереджена на наявності надмірного майна публічного службовця, яке не можна пояснити законними джерелами отримання доходів»;*
- *[припис] «нової редакції статті сформульовано таким чином, щоб було забезпечено додержання права особи на презумпцію невинуватості та права не свідчити проти себе»;*
- *«Формулювання злочину незаконного збагачення не передбачає перекладення тягаря доведення на обвинуваченого»;*
- *«Публічні службовці свідомі того, що до них ставляться особливі вимоги щодо доброчесності та контролю за їхньою діяльністю. Тому навіть пряма вимога в законі надати пояснення з тим, щоб спростувати встановлене органом досудового розслідування припущення щодо незаконності майна, яке не відповідає законним джерелам доходів. Водночас така пряма вимога в новій редакції статті 368-2 КК не передбачена».*

52. Угрунтовуючи свою позицію стосовно сумісності нового формулювання статті 368<sup>2</sup> Кодексу з вимогами статей 62 і 63 Конституції за допомогою наведених вище тез, автори цього законопроекту покликалися на три рішення Європейського суду з прав людини, зазначивши, зокрема, таке:

- *«згідно з практикою Європейського суду з прав людини кримінальне право допускає наявність презумпції з питань факту чи права, якщо така презумпція є розумною, пропорційною і може бути спростованою, а також якщо йдеться про важливі суспільні інтереси»* (рішення в справі *Salabiaku v. France* від 7 жовтня 1988 року, заява № 10519/83);
- *«щодо права не свідчити проти себе, то Європейський суд з прав людини підтвердив, що це право не є абсолютним»* (рішення в справі *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* від 29 червня 2007 року, заяви № 15809/02 та № 25624/02);
- *«Європейський суд з прав людини визнав, що суд може робити негативні висновки з мовчання обвинуваченого, коли фактичні*

*обставини справи явно вимагають від особи надати пояснення...»*  
(покликання на рішення в справі *John Murray v. the United Kingdom* від 8 лютого 2006 року, заява № 18731/91).

53. Із викладеного випливає, що, ухваливши формулювання статті 368<sup>2</sup> Кодексу в редакції, конституційність якої суб'єкт права на конституційне подання поставив під сумнів, український законодавець пристав на позицію Європейського суду з прав людини, що стосовно цього конкретного виду злочину (за формулою статті 368<sup>2</sup> Кодексу) застосування концепції «спростовної презумпції» в українській юридичній системі є допустимим, відповідає її засадничим принципам і не суперечить приписам Конституції України. У такий спосіб український законодавець здійснив імплементацію приписів статті 20 Конвенції ООН проти корупції в українське право, врахувавши її застереження (стосовно того, що таку імплементацію держава може здійснити «за умови дотримання своєї конституції та засадничих принципів своєї юридичної системи»).

54. Отже, можна сказати, що український законодавець сумлінно й продуктивно скористався тими роз'ясненнями змісту статті 20 Конвенції ООН, що їх наведено в *Законодавчому порадникові для імплементації Конвенції ООН проти корупції*, де, зокрема, зазначено:

*«Зобов'язання сторін розглянути можливість запровадження такого виду злочину [...] підпадає під дію конституції кожної з держав та засадничих принципів її юридичної системи [...]. Цим фактично визнається, що злочин неправомірного збагачення, коли підсудний має надати обґрунтоване пояснення стосовно значного збільшення його чи її майна, може в деяких юрисдикціях розглядатись як такий, що суперечить праву вважатися невинуватим, доки вину не доведено за встановленим законом порядком. Проте так само чітко окреслено суть цього питання: тут не йдеться про презумпцію винуватості та при цьому тягар доведення не знімається з прокуратури, позаяк вона повинна довести, що збагачення виходить за межі чийогось правомірного доходу. Тому в такому можна вбачати спростовну презумпцію (reputtable presumption). Щойно справа виникла – підсудний може дати обґрунтоване або правдоподібне пояснення»*  
(Див.: UNODC/Division for Treaty Affairs: *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*. 2006, paragraph 297).

55. Уряд України 6 лютого 2013 року затвердив план дій щодо поглиблення співпраці між Україною та Організацією економічного співробітництва й розвитку (ОЕСР) на 2013–2016 роки<sup>2</sup>. 12 травня 2014 року Кабінет Міністрів України, ЄБРР та ОЕСР підписали Меморандум про створення Антикорупційної ініціативи. 7 жовтня 2014 року між Урядом України та Організацією економічного співробітництва й розвитку укладено Меморандум про взаємне порозуміння на дворічний період, де боротьбу з корупцією визначено однією з пріоритетних ділянок співпраці. Відповідно 22 квітня 2015 року Україна та ОЕСР підписали «дорожню карту» реалізації Меморандуму про посилення співпраці, де боротьбу з корупцією також було внесено до пріоритетних ділянок. У своїй спеціальній доповіді з дослідження антикорупційних реформ у країнах Східної Європи та Центральної Азії за період 2013–2015 роки ОЕСР рекомендувала державам цих регіонів світу:

- *розглянути можливість запровадження такого виду злочину, як неправомірне збагачення (illicit enrichment), застосувавши спростовну презумпцію незаконного походження будь-яких статків (майна), що посадовець не може пояснити, посилаючись на легітимні джерела<sup>3</sup>.*

56. З викладеного випливає, що із запровадженням в Кримінальному кодексі України злочину, передбаченого статтею 368<sup>2</sup>, український законодавець офіційно визнав – для цілей цієї статті – витлумачену в документі ООН та рішеннях Європейського суду з прав людини концепцію *спростовної презумпції* такою, що має бути застосовною в українській юридичній системі, бо не суперечить Конституції України. Розгалужений досвід, представлений міжнародною (на прикладі Європейського суду з прав людини) та зарубіжною національною (на прикладі багатьох, і не тільки європейських, країн) судовою практикою, доводить, що в кримінальному судочинстві застосування концепції *спростовної презумпції* щодо цього конкретного виду злочину жодним чином не спричиняється до конфлікту з *презумпцією невинуватості*. **З цієї причини я не бачу юридичних підстав визнавати статтю 368<sup>2</sup> Кодексу неконституційною в світлі вимог статей 62 і 63 Конституції.**

<sup>2</sup> Розпорядження Кабінету Міністрів України від 6 лютого 2013 р. № 132-р.

<sup>3</sup> Anti-Corruption Reforms in Eastern Europe and Central Asia: Progress and Challenges, 2013-2015. OECD, 2016, p. 159.

### *Г. «Російська мова» українських юридичних документів*

57. Я би не відкидав того, що на юридичну позицію, висловлену більшістю суддів у Рішенні, міг певним чином вплинути лінгвістичний чинник – мова, якою виписано приписи статті 368<sup>2</sup> Кодексу та статті 20 Конвенції ООН: йдеться про застосовані українською мовою в обох нормах правничі терміни та ключові юридичні поняття.

58. Стаття 368<sup>2</sup> Кодексу має назву: «**незаконне збагачення**». Частина перша цієї статті містить формальне визначення цього поняття, відповідно до чого – це

*набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами.*

59. Український текст статті 20 ратифікованої Україною Конвенції ООН проти корупції (Закон від 18 жовтня 2006 року № 251–V) містить поняття «(умисне) **незаконне збагачення**» у формулі, якою визначено, що ним є

*«значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати».*

Український текст цього міжнародного договору, що його подано на веб-сайті Верховної Ради України, позначено як *офіційний переклад* ([https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16/print](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16/print)).

60. Як зазначено в статі 71 Конвенції, її оригіналом є тексти англійською, арабською, іспанською, китайською, російською та французькою мовами, що є рівно автентичними.

61. Не виключено, що тим автентичним текстом, на основі якого постав *офіційний переклад* українською, був не англійський або французький<sup>4</sup>, а саме російський (його подано на парламентському веб-сайті нижче українського) ([https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16/print](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16/print)). Таке припущення можливе передовсім через те, що назва статті 20 Конвенції російською – «**незаконное обогащение**», а її загальна формула містить фразу:

*«незаконное обогащение, т.е. значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающего его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать».*

<sup>4</sup> Автор цих рядків не володіє арабською, іспанською чи китайською мовами.

62. Порівняння російського (як автентичного) та українського (того, що в перекладі) текстів статті 20 Конвенції виказує їх спільність за ключовим елементом, що є вкрай важливим для посутнього тлумачення її змісту:

- спільною є назва статті: «*незаконное обогащение*» (рос.) – «*незаконне збагачення*» (укр.);

Водночас обидва тексти різняться одним елементом, що є суттєвим для тлумачення змісту статті 20 Конвенції:

- поняття «*публичное должностное лицо*» в російському тексті, тоді як в українському – «*державна посадова особа*».

У цьому аспекті в російському тексті правильно відтворено термін, що його застосовано в англійському тексті Конвенції (*public official*), а переклад українською є неправильним, позаяк поняття «*державна посадова особа*» не охоплює посадовців органів місцевого самоврядування, які належать до системи публічної служби.

63. Прикметники *незаконный* (рос.) та *незаконний* (укр.) англійською передаються як *illegal*, а французькою – як *illégal*. Вони є антонімами до російського *законный* та українського *законний*, що передаються, відповідно, англійською як *legal*, а французькою – як *légal*.

64. З-поміж 4-х значень, що їх подає *Англо-український словник*<sup>5</sup> стосовно прикметника *legal* – 1) юридичний; 2) судовий; 3) законний; дозволений законом; легальний; 4) оснований на Мойсеєвому законі, – у контексті досліджуваного питання єдино можливим для застосування є його 3-є значення: *законний; дозволений законом; легальний*. За цим же словником стосовно прикметника *illegal* подано два значення – 1) незаконний, нелегальний, заборонений; 2) протизаконний, неправомірний. Наразі залишимо відкритим питання: чи слова *незаконний, нелегальний, заборонений, протизаконний, неправомірний* у контексті юриспруденції є цілковито тотожними та взаємозамінними?

65. Словосполучення, що служить заголовком у статті 20 російського (автентичного) тексту Конвенції (*незаконное обогащение*) та в статті 20 офіційного перекладу українською (*незаконне збагачення*), в англійському тексті документа подано як *illicit enrichment* (а у французькому – *enrichissement illicite*).

<sup>5</sup> Англо-український словник: У 2 т. – Близько 120 000 слів / Склав М. І. Балла. – К.: Освіта, 1996. – С. 663.

66. Англійський текст статті 20 Конвенції в перекладі українською, якщо його не копіювати з російського, міг би бути, принаймні, таким (у моєму перекладі):

*«Стаття 20. Протиправне збагачення/Неправомірне збагачення*  
*Підпорядковуючись своїй конституції та засадничим принципам своєї юридичної системи, кожна Держава-учасниця визначається стосовно вжиття таких законодавчих та інших заходів, що можуть бути потрібними для запровадження як карний злочин, якщо його вчинено умисно, протиправне збагачення [як варіант: неправомірне збагачення], тобто – значне збільшення майна посадовця публічної служби, яке він (вона) не може обґрунтовано пояснити щодо свого правомірного доходу».*

67. В Англо-українському словнику подано такі два значення слова *illicit*: 1) незаконний, недозволений, заборонений; 2) юр. протиправний<sup>6</sup>. Звертає на себе увагу, по-перше, той факт, що тут окремо виділено саме сферу юриспруденції, і, по-друге, що саме стосовно неї *illicit* означає *протиправний*.

68. Оксфордський словник сучасної англійської мови<sup>7</sup> подає значення тих юридичних понять, про які йшлося вище, так:

- **legal** (прикм.): 1 оснований на законі; пов'язаний із законом; той, що є сферою дії закону. 2 визначений законом або той, що його вимагає закон. 3 дозволений законом, законний. 4 визнаний законом, що відрізняється від *equity* (*as distinct from equity*). 5 теол. що йде з Мойсеевого закону [відповідник французькою – *légal* або латиною – *legalis* від *lex legis*];
- **illegal** (прикм.): 1 незаконний. 2 що суперечить законові [відповідник французькою – *illégal* або середньовічною латиною – *illegalis*];
- **equity** (ім.): 1 **fairness** (значення цього слова за Англо-українським словником такі: 1) чистота, незаплямованість; 2) справедливість, чесність; 3) достатність; 4) посередність)<sup>8</sup>.

69. Як можна бачити, застосування англійського *illicit* в юриспруденції безпосередньо пов'язується з тим, що носить *протиправний* характер, а застосування слів *legal* та *illegal* (укр.: *законний* та *незаконний*) – із тим, що

<sup>6</sup> Англо-український словник: У 2 т. – Близько 120 000 слів / Склали М. І. Балла. – К.: Освіта, 1996. – С. 568.

<sup>7</sup> The Concise Oxford Dictionary of Current English. First edited by H. W. Fowler and F. G. Fowler. 9<sup>th</sup> edition / Edited by Della Thompson. – Oxford: Clarendon Press, 1995.

<sup>8</sup> Англо-український словник: У 2 т. – Близько 120 000 слів / Склали М. І. Балла. – К.: Освіта, 1996. – С. 393.

безпосередньо пов'язане із законом – базоване на ньому, визнане ним, визначене ним, дозволене/заборонене ним тощо, але відрізняється від того, що містить у собі такі якості, як «чистота», «незаплямованість», «справедливість», «чесність» тощо. У контексті юридичного поняття, застосованого в англійському тексті статті 20 Конвенції як *illicit enrichment* (французькою – *enrichissement illicite*) варто було б звернути увагу на особливості семантики слів *незаконний* (англ. відповідник – *illegal*), *протиправний* (англ. відповідник – *illicit*), *правомірний*.

70. Якщо коротко, то вимога *законності* зобов'язує *чинити відповідно до формальних вимог закону*. Основою законності є формальні закони. Законність означає сукупність формальних вимог, за відступ від яких настає юридична відповідальність. У широкому розумінні, *законність* – це сукупність різноманітних, але однопланових вимог, пов'язаних із відношенням до формальних законів та втіленням їх у життя: точно й неухильно їх дотримувати всім, кому їх адресовано; витримувати ієрархію законів та інших нормативних актів. При цьому вагомим аспектом є розмежування таких речей, як *законність* та *дисципліна* – явищ, що перехрещуються, проте відділені одне від одного: дисципліна (навіть щодо осіб, що перебувають на посадах публічної служби) включає в себе деякі суто моральні вимоги, які не встановлено безпосередньо формальним законом та іншими нормативними актами.

71. Ключовою категорією юридичної науки та практики є *правомірність*, яка виступає якісною характеристикою (властивістю) фактичних дій (діяльності), що відображає їх правомірний характер. Часто *правомірність* сприймається як *законність*. Проте якщо розрізняти *право (jus)* і *закон (lex)* та відповідно до цього застосовувати *принцип справедливості*, то поняття «правомірний» слід розуміти не тільки як «те, що вчинено відповідно до приписів права», а й як «те, що внутрішньо виправдане й визнане». У цьому контексті «те, що вчинено відповідно до приписів права» є *летальним* (тобто *законним*), а «те, що внутрішньо виправдане й визнане» є *легітимним*. Легітимність – на відміну від легальності – є не юридичним фактом, не формальним законом, а явищем соціальної психології та соціального оцінювання.

Важливим елементом правомірності є *доцільність*. Поведінка суб'єкта суспільних відносин є доцільною в тому випадку, якщо вона сприяє досягненню цілей держави і суспільства, що їх виражено в праві й законі.

Невідокремною властивістю правомірності є *справедливість*, що є одночасно філософською, моральною, загальносуспільною та юридичною категорією. Сутність *правомірності* полягає не тільки в неухильному й точному дотриманні формальних законів (що становить *законність*), а й у дотриманні



вимог легітимності, реальності та доцільності, а також норм справедливості й моралі, загальносуспільних цінностей.

Якщо *законність* – це міра об'єктивного (позитивного) права, то *правомірність* – це передовсім міра поведінки (міра суб'єктивного права). Але це – дія в межах суб'єктивного права. Визначення меж суб'єктивних прав здійснюється в різний спосіб. Одним із них є законодавча заборона суспільно шкідливої поведінки. Суспільно шкідлива поведінка, що заборонена законом, є *неправомірною*. Протилежна ж їй – *правомірна поведінка* – це суспільно корисна поведінка людей (та інших суб'єктів), що відповідає приписам права. Правомірна поведінка є суспільно корисною, бо вона є потрібною та бажаною всім людям, тобто суспільству загалом. Мета такої поведінки полягає в тому, щоб найбільше користі принести суспільству. Правомірна поведінка – це така, що не суперечить нормам і принципам права, не порушує заборон, установлених у суспільстві. Якщо *законність* та *дисципліна* – це явища, що віддалені одне від одного, то *правомірна поведінка* охоплює *дисципліну*, коли йдеться про осіб, що перебувають на посадах публічної служби. Адже їхнім обов'язком є не тільки декларувати свої статки (виконуючи формальну вимогу закону), а також, посівши відповідну посаду в системі публічної служби, підтримувати свою добросовісність («чистоту», «незаплямованість», «справедливість», «чесність»), що включає в себе деякі суто моральні вимоги, які не встановлено безпосередньо формальним законом та іншими нормативними актами. Отже, *правомірність* виключає в поведінці посадовця публічної служби будь-яке відхилення не тільки від формальних приписів закону (*lex*), а й приписів, що випливають із права (*jus*) у його розумінні як мірила справедливості. Протилежним поняттю *правомірності* є *протиправність*.

72. Тому видається єдино правильним застосування як відповідників англійського *illicit enrichment* та французького *enrichissement illicite* в перекладі українською за допомогою таких виразів, як *протиправне збагачення* або *неправомірне збагачення*. На мою думку, саме ці варіанти перекладу українською, а не скопійоване з російського тексту Конвенції ООН «незаконне збагачення» дозволяють правильно розуміти мету, що її переслідує зміст статті 20 Конвенції. Про те, що *Англо-український словник* подає значення слова *illicit* у контексті юриспруденції як *протиправний*, уже йшлося вище (див. пункт 65 Розбіжної думки). На додаток слід зауважити, що в суттєвій відмінності змісту поняття *illégal* від змісту поняття *illicit* переконують так само й тлумачні словники французької мови:

- за *Тлумачним словником французької мови «Робер»* (Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française. - Paris: S.N.L., 1973. – 1972 р. ) маємо такі дефініції (на стор 867):

***Illégal, - ale, aux*** (Вперше у письмових джерелах зустрічається у 1361 році від середньовічної латини *illegalis*. Такий, що не є законний. Незаконний, або такий, що суперечить законові).

***Illicite*** (Вперше у письмових джерелах зустрічається у 1359 році від латинського *illicitus*. Такий, що не є дозволений, що є заборонений мораллю або законом).

- За *Тлумачним словником французької мови «Лярусс»* (Larousse. Dictionnaire de la langue française. Lexis – Paris: Larousse, 1993. – 2111 р.) маємо такі дефініції:

***Illégal, - ale, aux*** (Що не є відповідним до закону, до того, що прописано законом) (на стор. 932, 1033).

***Illicite*** (Що є протилежним до закону; до дозволу) (на стор. 932, 1045)

- за *Словником юридичних термінів Раймонда ГІЛЬЄНА та Жана ВЕНСАНА* дає такі дефініції (Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, Lexique de termes juridiques. – Paris : Dalloz, 1993. – 566 р.) маємо такі дефініції (на стор. 281):

***Illégalité*** (Загальне право: Характер того, що є протилежним законові, розуміється у формальному значенні (тексти, ухвалені парламентом).

***Illicéité*** (Загальне право: Характер того, що не є дозволеним, що є протилежним текстові (закону, декрету, постанові), громадському порядку, нормам моралі).

73. Отже, і англійське *illicit*, і французьке *illicite* – на відміну англійського *illegal* та французького *illégal* – пов'язані не тільки із законом у формальному значенні (як актом, що його ухвалив парламент), а й із нормами моралі. У цьому контексті українські слова *протиправний* та *неправомірний* є найпридатніші для відтворення змісту предмета, на який спрямовано приписи статті 20 Конвенції ООН. Адже обидва слова містять той елемент, що вказує на *право (jus)*, а не на *закон (lex)*. Латинське *jus* українською має

кілька значень: *право*; *правосуддя*; *справедливість*; *суд*<sup>9</sup>. За Аристотелем, «справедливе – це пропорція»; несправедливість полягає не в нерівномірному розподілі, а в недотриманні пропорції<sup>10</sup>. У контексті змісту статті 20 Конвенції йдеться про таку пропорцію зростання статків посадовця – настання тією мірою значного їх розміру відносно законного доходу, – що потребує *обґрунтованого* (*правдоподібного*) пояснення. А це вже не тільки питання дотримання вимог формального закону, а й питання моралі (*доброчесності*).

74. Так само слід звернути увагу на те, що в статті 20 Конвенції стосовно доходів, походження яких посадова особа має обґрунтовано пояснити, в англійському тексті застосовано поняття *lawful income*, французькому – *révénu légitimes*, а в російському – *законные доходы*, що скопійованим увійшло до українського перекладу як *законні доходи*. Якщо застосувати метод зворотного перекладу цих російського та українського виразів на англійську та французьку мови, то отримаємо, відповідно, *legal income* та *révénu légales*. Утім, англійське *legal income* не є тотожним поняттю *lawful income*, яке українською (через те, що в англійському є *law* – *право*) є скоріше *правомірний дохід*, ніж *законний дохід*. Французьке *révénu légitimes* так само: йдеться про *легітимні доходи*, що не є тотожним поняттю *законні доходи*. У цьому зв'язку слід наголосити: однозначним є те, що укладачі статті 20 Конвенції уникнули застосування прикметника *legal* (англ.) та *légal* (фр.), що українською – *законний*, на позначення, як самого «збагачення», так і «доходів», стосовно яких потребується обґрунтоване пояснення. Тому-то стосовно *збагачення* англійською – *illicit enrichment*, французькою – *enrichissement illicite*, а стосовно *доходів* англійською – *lawful income*, французькою – *révénu légitimes*.

75. Якщо застосувати все викладене вище до питання правничої термінології в справі про конституційність/неконституційність статті 368<sup>2</sup> Кодексу («незаконне збагачення»), назву якої перенесено з російського (як автентичного) тексту Конвенції в українське законодавство, то стає очевидним, що для цього випадку найпридатнішим був би інший український термін-відповідник поняття, яке міститься в рівно автентичних англійському та французькому текстах Конвенції: *illicit enrichment* та *enrichissement illicite*. У такому разі вибране українською щось одне з двох – або як *неправомірне збагачення*, або як *протиправне збагачення* – однаково передають той зміст, що його мають англійський та французький вирази. Бо вони дозволяють розуміти й усвідомити, що йдеться:

<sup>9</sup> Див.: Чуракова Л. П. Латинсько-український та українсько-латинський словник – понад 25 тисяч слів та словосполучень. К.: Чумацький Шлях, 2009. – С. 121.

<sup>10</sup> Див.: Європейський словник філософій: Лексикон неперекладностей / Під керівництвом Барбари Кассен. Пер. з фр. – Том перший. – Вид. друге, виправл. – К.: Дух і Літера, 2011. – С. 301-306.

- не тільки про формальне виконання посадовцем формальної вимоги закону (приміром, заповнити декларацію та вказати в ній свої статки) – завдяки чому досягається вимога *законності*;
- про «чистоту», «незаплямованість» та «чесність» посадовця, тобто про його відповідність тим якостям, що становлять особливість його юридичного статусу як посадовця (якщо посадова обґрунтовано, правдоподібно пояснила походження свого доходу);
- про «справедливість» як загальносуспільну цінність, бо питання добросовісності посадовця та правомірність його поведінки є питанням суспільного інтересу великої ваги; адже правомірна поведінка є суспільно корисною, бо вона є потрібною та бажаною всім людям, тобто суспільству загалом;
- якраз про те, що внаслідок браку обґрунтованого, правдоподібного пояснення з боку посадовця, в рамках спростовної презумпції щодо майна сумнівного походження (що є ознакою «заплямованості» або «нечесності» посадовця), стосовно нього настає кримінальна відповідальність.

76. На мою думку, якби Суд тлумачив статтю 368<sup>2</sup> Кодексу в світлі термінології, що застосована в англійському та французькому текстах Конвенції, а не в російському, а також робив це з урахуванням тлумачення статті 20 Конвенції, наведеного в *Законодавчому пораднику для імплементації Конвенції ООН проти корупції*, то будь-які підстави визнавати цю норму українського кримінального законодавства неконституційною було б зведено до нуля.

77. І остання заувага: щоб якоюсь мірою послабити можливі закиди на мою адресу, що я в своїй розбіжній думці застосував незвичні для сучасного вжитку слова (як-то: *угрунтування, винувачення, винувачений*), зауважую: позаяк з української, але вкрай зросійщеної, правничої мови досі не усунуто той «чужий намул», що є наслідком радянської політики на «зближення української мови з російською» (розпочатої ще за Сталіна у 30-ті роки минулого століття), у своєму письмі я завжди надаю перевагу термінології, що її містить *Російсько-український словник правничої мови* (Головний редактор акад. А. Ю. Кримський), виданий 1926 року Інститутом Української Наукової Мови Всеукраїнської Академії Наук, заснованої 1918 року. (Як відомо, більшовицький уряд після «процесу СВУ» розгромив Академію, зокрема й Інститут, та розпочав нищення його доробку.) Те саме стосується й правопису щодо окремих слів (як-то: *регіон, регулювання, аргументаці, лінгвістичний, оригінал, легітимність* тощо): допоки в Україні існує Український правопис 1990 року, я в своєму науковому письмі застосовую *Правописний словник*, що його уклав Григорій Голоскевич. (Як

відомо, Григорій Голоскевич був заарештований 17 серпня 1929 року в справі СВУ, засуджений до 5 років ув'язнення і висланий до м. Тобольська, де й загинув.)

## ПІДСУМКОВІ ВИСНОВКИ

**78. Якщо узагальнити, то я не погодився з висловленою в Рішенні юридичною позицією більшості суддів через те, що:**

- їй властива внутрішня суперечливість, хибне та надто слабке, з фахового погляду, юридичне обґрунтування, а місцями – брак такого;
- її побудовано, зокрема, на припущенні неефективного застосування статті 368<sup>2</sup> Кодексу або ймовірності зловживання її приписами на практиці, що не має безпосереднього зв'язку з її формулюванням, а тому не є питанням конституційності (неконституційності);
- вона відкидає те, що не потребує доведення: процесуальні аспекти застосування статті 368<sup>2</sup> Кодексу жодним чином не пов'язані з її формулюванням;
- стаття 368<sup>2</sup> Кодексу, як її сформульовано, не порушує жодного з гарантованих Конституцією України людських прав та міжнародних (передовсім, європейських) стандартів у цій ділянці;
- наведену на одинадцяти з вісімнадцяти сторінок Рішення практику Європейського суду з прав людини (в питаннях юридичної визначеності, презумпції невинуватості та права не свідчити проти себе) не пов'язано безпосередньо з європейськими стандартами при конкретному оцінюванні статті 368<sup>2</sup> Кодексу на її конституційність, а вибіркоче застосування практики Страсбурзького Суду використано всупереч його позиціям у цих питаннях;
- тлумачення статті 368<sup>2</sup> Кодексу здійснено без урахування змісту статті 20 Конвенції ООН за коментарем, що його уклав уповноважений орган (Бюро ООН з наркотиків і злочинів Управління з питань договорів) у спеціально призначеному для цієї мети офіційному документі (*Законодавчому порадишкові для імплементації Конвенції ООН проти корупції, 2006 р.*) і складовою якого є концепція «спростовної презумпції»; через це обґрунтування Рішення викривлено тлумачить концепцію, закладену в статті 20 Конвенції й, відповідно, в статті 368<sup>2</sup> Кодексу;
- зміст статті 368<sup>2</sup> Кодексу тлумачено на основі терміну «незаконне збагачення», що, як виявляється, увійшов в українську офіційну

мову шляхом копіювання його з російського тексту Конвенції, тоді як в англійському та французькому автентичних текстах Конвенції на позначення доволі нового карного злочину застосовано терміни, відповідно, *illicit enrichment* та *enrichissement illicite*, які не є еквівалентом поняття *illegal enrichment* («незаконне збагачення») й українською мовою їх можна відтворювати, як один із варіантів – або як «протиправне збагачення», або як «неправомірне збагачення». Що перше, що друге – за юридичним значенням істотно відмінне від поняття «незаконне збагачення».



№ 11 березня 2019 року