

## ОКРЕМА ДУМКА

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

Вважаю за необхідне у цій окремій думці відповідно до статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ звернутися до Рішення Конституційного Суду України (далі – Суд) щодо норми Кримінального Кодексу України (далі – КК), яка встановлювала відповідальність за незаконне збагачення. На превеликий жаль, мені не вдалося навести достатньо аргументів, які дали б змогу переконати колег у протилежному. Давайте спробуємо разом розібратися в цій справді складній справі, де немало юридичних тонкощів. Окрім іншого, в Рішенні Суду від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 (далі – Рішення) йдеться про значуще для суспільства питання, яке стосується фундаментальних конституційних цінностей.

### **I. Загальні дефекти методології Рішення Суду**

Рішення не відповідає вимогам до його аргументації за основними параметрами (логічними й сутнісними), що проявляється в усьому його тексті. І річ не в тому, як його сприймає громадська думка, річ у його аргументах.

Якщо узагальнити, то концептуальні недоліки Рішення зводяться до такого: 1) ігнорування презумпції конституційності акта, яка полягає в тому, що всі сумніви під час дослідження відповідності акта конституції підтверджують його конституційність, а не навпаки. Суд у Рішенні зробив „навпаки“, керуючись припущеннями; 2) Суд відступив від власних позицій щодо доктрини „дружнього ставлення до міжнародного права“, яку більш коректно назвати доктриною дружнього до міжнародного права тлумачення конституції. Останнє втілює загальновизнаний принцип міжнародного права – добросовісного виконання державою міжнародних договорів (*Pacta sunt servanda*). У Рішенні Суд зробив усе навпаки – засвідчив сприйняття конституційних принципів та їх утілення в нормі закону в спосіб,

який створює „напруженість“ з міжнародними правовими зобов’язаннями України; 3) ігнорування досвіду тлумачення і застосування зарубіжними конституційними судами конституційних принципів щодо незаконного збагачення; в останні десятиліття справ з подібним предметом (дослідження співвідношення конституційного принципу презумпції невинуватості й норми кримінального закону про незаконне збагачення) було багато в інших державах, однак їх відповідна офіційна конституційна доктрина не заінтересувала Суд; 4) неврахування висновків правової доктрини (правової науки) та експертного середовища з цього питання. Судовий розсуд не означає сваволлю. Стандартом у цьому плані, звісно, є не громадська думка, а „спільнота знаючих юристів – юридична спільнота“, що повинно „спонукати суддю усвідомити необхідність різниці між суб’єктивними поглядами і теорією права у суспільстві, у якому він діє... Він повинен спостерігати себе збоку“ (Аарон Барак). Суд не побачив себе „збоку“, тобто з позицій юридичної спільноти – вітчизняної та міжнародної.

Частина висновків, що містяться у Рішенні, є суперечливими, очевидно необґрунтованими або ж позбавленими внутрішньої логіки.

Декілька прикладів. У підсумковому висновку пункту 6 мотивувальної частини Рішення Суд відзначив, що „отже, особа не може нести кримінальну відповідальність за діяння, вчинені до набрання чинності законом, яким ці діяння криміналізовано“ – ніби хто-небудь всерйоз стверджував протилежне і ніби практика судового застосування також свідчить про зворотне. При цьому Суд утримався від того, щоб указати на термін (момент у часі), з якого стаття 368<sup>2</sup> КК набрала чинності.

У цьому ж ряду висновок у другому абзаці пункту 7 Рішення, за яким стаття 368<sup>2</sup> КК „не відповідає вимозі юридичної визначеності...“, а „диспозиція цієї норми сформульована недостатньо чітко й допускає неоднозначне її розуміння, тлумачення та застосування“. У Рішенні є численні посилання на низку позицій Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), проте незрозуміло, звідки такий висновок про невизначеність,

на які аргументи обирається Суд, яким чином критерії визначеності можуть бути „прикладені“ до аналізованої норми КК?!

Особливо звертаю увагу на підсумковий висновок Суду в пункті 7 мотивувальної частини Рішення. Підтвердивши, з одного боку, „виняткове суспільне та державне значення“ протидії корупції в Україні та „важливість“ криміналізації незаконного збагачення, Суд наголосив, що **законодавчим формулюванням складу такого злочину, як незаконне збагачення, не можна** „уможливити притягнення особи до кримінальної відповідальності лише на підставі відсутності підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів“.

У цьому аспекті має місце зміщення акцентів нормативної конструкції у законі, який встановлює кримінальну відповідальність (законна підстава), і порядку здійснення кримінального провадження, через яке особа притягується до такої відповідальності (кримінальний процес).

Сьогодні цивілізований світ розуміє під незаконним збагаченням як нормативної конструкції складу злочину саме те явище, за вчинення якого, на думку Суду, не можна законодавчо встановити кримінальну відповідальність. Позиція міжнародного співтовариства є протилежною і втілена, зокрема, в міжнародних договорах. Україна взяла на себе міжнародно-правове зобов'язання вжити заходів „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“ (стаття 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року), про що нижче буде відзначено.

Звісно, України взяла на себе таке зобов'язання за умов узгодження законодавчої криміналізації незаконного збагачення з Конституцією України і за умов, які виправдовують досягнення відповідних суспільних цілей. Зі змісту Рішення ніби вбачається, що законодавець у статті 368<sup>2</sup> КК свавільно встановив кримінальну відповідальність і порушив при цьому Конституцію України, зокрема її статті 8, 62 і 63. Чи так це насправді?

## **II. Яка мета, яким був суб'єкт злочину за статтею 368<sup>2</sup> КК і чому це важливо?**

Мета законодавчої криміналізації „незаконного збагачення“ очевидна й викликана гострими суспільними викликами в Україні. Серед таких викликів – рівень політичної корупції, який загрожує спроможності держави здійснювати базові функції. Іншими словами, рішення законодавця щодо встановлення кримінальної відповідальності за відповідне діяння має підґрунтя як у фундаментальних конституційних цінностях, так і, м'яко кажучи, підтверджується суспільним контекстом.

Суд продовжив традицію розглядати окремі сегменти Конституції України та законів України ізольовано, без урахування цілісності відповідно конституційної та законодавчої матерії. Слід було врахувати, що фундаментальними цілями Конституції України, як випливає зі змісту її преамбули, є забезпечення прав і свобод людини, а також розвиток демократичної і правової держави. Згідно з частиною другою статті 3 Конституції України головний обов'язок держави – утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Реальне забезпечення прав і свобод людини залежить від ефективності та відповідальності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб. Корупція в сфері здійснення повноважень останніх є загрозою для гарантування прав і свобод людини та прямо суперечить конституційному обов'язку держави й цілям самої Конституції України. Відтак протидія корупції в Україні акумулює і потреби дієвості конституційних гарантій щодо індивідуальних прав і свобод людини, і публічний інтерес.

Хто виступав суб'єктом злочину, встановленого статтею 368<sup>2</sup> КК? Це важливо для розуміння співвідношення прав людини, з одного боку, і спеціального статусу певної категорії осіб, з іншого. Отже, за статтею 368<sup>2</sup> КК можна було кваліфікувати лише діяння, вчинені особами, які „уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування“ (умовно будемо називати їх чиновниками). Однак у ній ідеться не про всіх чиновників, а лише проти тих, які (за змістом диспозиції

статті) набувають у власність або передають іншим особам активи „у значному розмірі“. Із примітки до статті 368<sup>2</sup> КК та інших норм законодавства України випливає, що на 2019 рік „значний розмір“ статті 368<sup>2</sup> КК вираховується як 960 500 грн. (еквівалент у понад 35 тисяч доларів США).

Мораль і совість, а також здоровий глузд (сукупно їх можна назвати вимогами пропорційності) у поєднанні із суспільним контекстом примушують нас визнати, що у вказаному розмірі активи не можуть зненацька з'явитися у доброчесного чиновника, який при цьому не є спроможним ідентифікувати джерело їх законного походження. Проте Суд у Рішенні якраз і зробив таке припущення: „За цих обставин уможлиблюється притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення особи, яка на законних підставах набула активи у власність, але не має підтвердження законності підстав такого набуття“ (абзац десятий пункту 5).

Ще на один аспект треба звернути увагу – зайняття відповідної посади передбачає **добровільне взяття на себе претендентом на цю посаду додаткових обов'язків** щодо доброчесності, які відображають потребу довіри суспільства до органів публічної влади. До цих обов'язків належить, окрім іншого, обов'язок не лише декларувати свої доходи, майновий стан і витрати, а також на вимогу уповноважених державних органів (Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) надавати додаткові пояснення й документи. **Претендент на посаду, отже, завчасно і чітко усвідомлює, який набір прав і обов'язків очікує його в разі зайняття посади – цей набір називають у юриспруденції „спеціальним статусом“ і Суд не міг не врахувати цього.**

Варто повторити: лише порушення чиновником обов'язків, які випливають із його спеціального статусу і полягають у неможливості пояснити різницю в доходах і витратах у розмірі еквівалента понад 35 тисяч доларів США, дозволяло кваліфікувати його діяння за статтею 368<sup>2</sup> КК (після набрання нею чинності у 2015 році), тобто створює законну підставу для кримінального провадження.

### III. Принцип презумпції невинуватості і стаття 368<sup>2</sup> КК

Найбільш серйозна „претензія“ до статті 368<sup>2</sup> КК – це нібито її невідповідність двом конституційним принципам: презумпції невинуватості особи та так званому „принципу мовчання“. Принцип презумпції невинуватості полягає в тому, що „особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду“, „ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину“, „обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь“ (частин перша, друга, третя статті 62 Конституції України). Пов'язаний із ним „принцип мовчання“ передбачає, що „особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом“ (частина перша статті 63 Конституції України).

Щоб без поспіху розібратися, слід повернутися до „спеціального статусу“. Як носій спеціального статусу, чиновник має згідно із законом певні обов'язки, які випливають із такого статусу. Серед них не лише подання декларації, а й обов'язок на вимогу уповноваженого державного органу надати додаткові пояснення чи документи, які відображають його майновий стан, доходи і витрати. Іншими словами на чиновника покладено обов'язок підтвердити та пояснити відомості, які пов'язані з його життям. **При цьому йдеться не про притягнення до юридичної відповідальності, а про виконання встановленого законом обов'язку, який чиновник добровільно взяв на себе, обійнявши посаду.** Звісно, у цих правовідносинах чиновник не може відмовлятися від виконання обов'язку, прикриваючись „принципом мовчання“ (про „покази“ не йдеться) чи принципом невинуватості (про жодну „вину“ також не йдеться).

Після отримання від чиновника пояснень і документів, уповноважені державні органи оцінюють їх і можуть дійти висновку, що надані пояснення і документи не підтверджують законності набуття у власність активів у

значних розмірах, внаслідок чого виникають підстави для кваліфікації діяння чиновника за 368<sup>2</sup> КК. **Отже, якщо особа не може обґрунтовано пояснити походження власних активів у значному розмірі у зв'язку з її законним доходом, то це не є достатнім для того, щоб визнати її винуватою у вчиненні кримінального правопорушення, яке було передбачено статтею 368<sup>2</sup> КК; воно є лише законною підставою для початку кримінального провадження за вказаною статтею КК.**

Для досягнення цілей кримінального провадження (зокрема щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини – стаття 2 Кримінального процесуального кодексу України, далі – КПК), **необхідно з'ясувати й оцінити набагато більше обставин**, у тому числі обставини набуття активів у власність, а також відомості, пов'язані з їх власником та членами його сім'ї – стиль їхнього життя, трудову діяльність, доходи, позики, які вони одержували, успадковане ними майно, їхні витрати, їхні відносини з особами, яким відомо, що вони займаються незаконною діяльністю тощо. Слід враховувати можливість накопичення наявного майна протягом усього трудового часу, а не лише протягом певного періоду. Зазначені обставини підлягають доведенню органами досудового слідства після початку кримінального провадження. З початком кримінального провадження починаються відносини, пов'язані з притягненням особи до кримінальної відповідальності, і, звісно, на цю особу поширюються відповідні конституційні гарантії.

Суд зобов'язаний був дати тлумачення конституційним принципам презумпції невинуватості та „мовчання“, які спрямовані на запобігання інквізиційного викриття злочинця і мають вирішальне значення для захисту свободи особи. У державі, заснованій на верховенстві права, конституційні принципи презумпції невинуватості та „мовчання“ підлягають ретельній охороні. Як впливає з указаних принципів Конституції України і з норм КПК, **безумовно, тягар доказування покладено на уповноважені державні органи.**

Тлумачення цих конституційних принципів могло дати відповідь на низку запитань, зокрема:

1. Конституційні принципи презумпції невинуватості та „мовчання“ слід сприймати у зв'язку з їхньою метою – захист свободи особи під час притягнення її до юридичної відповідальності й здійснення права на справедливий суд, а не поширювати на інші сфери. З цього приводу варто навести приклад у рішенні „United States v. Sullivan“ (1927). Верховний Суд США зауважив, що надання особою уряду інформації, яка вимагається законом, не слід вважати порушенням П'ятої поправки. При цьому слід уникати тлумачення, з якого можна зробити висновок про виправдання дій правопорушника, бо це суперечило б цілям і податкового закону, і належному застосуванню П'ятої поправки. Саме П'ята поправка до Конституції США містить положення, з яких суди виводять принцип презумпції невинуватості та „принцип мовчання“.

2. Гарантії щодо презумпції невинуватості є частиною права на справедливий судовий процес – це випливає з пункту 1 і 2 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. У Рішенні Суду міститься посилання на неї: „Згідно з пунктом 2 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку“ (абзац четвертий пункту 4 Рішення). ЄСПЛ неодноразово підкреслював подібний підхід. Із цього випливає, зокрема, що принцип презумпції невинуватості не слід застосовувати до будь-яких сфер і типів правовідносин.

3. Принципи Конституції України треба тлумачити дружньо щодо норм міжнародного права, на що Суд неодноразово вказував (наприклад, у Рішенні від 1 червня 2016 року у справі № 2-рп/2016).

Саме у цій конкретній справі це було можливо і доречно з методологічної точки зору. На сьогодні практично всі держави – члени ООН (186 у 2017 році), ратифікували Конвенцію ООН проти корупції, визнавши у такий спосіб, що законодавче встановлення „незаконного збагачення“ як



злочину є сумісним з конституційними принципами презумпції невинуватості та „мовчання“, які текстуально або імпліцитно присутні у всіх національних правових системах.

Вказана Конвенція ООН була ратифікована Україною 2006 року. Цікаво, що Російська Федерація, ратифікувавши її у 2006 році, зробила застереження саме щодо її статті 20, де міститься формулювання „незаконного збагачення“.

Конвенція ООН проти корупції стала глобальним документом у цій сфері, відтак положення статей 62 і 63 Конституції України, які встановлюють принципи презумпції невинуватості та „мовчання“ та сумісність із ними норми кримінального закону про незаконне збагачення, не повинні сприйматися в інших координатах.

Відомо й те, що на сьогодні понад 40 держав світу встановили кримінальну відповідальність за незаконне збагачення і у всіх цих державах принцип презумпції невинуватості має конституційний ранг. Більшість інших держав із тих, які окремо не встановили законом складу злочину з такою назвою (США, наприклад), протидіють незаконному збагаченню, імплементувавши відповідальність за вчинення цього діяння до податкового законодавства, норм щодо протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих нелегальним шляхом, що в сукупності дозволяє притягнути публічних осіб до відповідальності за незаконне збагачення.

4. Варто ще раз звернути увагу на формулювання частини другої статті 62 Конституції України: „Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду“. Очевидно, що ця конституційна гарантія стосується осіб, які перебувають у правовідносинах, коли вони притягуються до кримінальної відповідальності або ж їх звинувачено у вчиненні злочину, а не осіб, які перебувають у інших правовідносинах. **Мета конституційного принципу презумпції невинуватості – захист свободи і гідності особи в умовах притягнення її до кримінальної відповідальності та/чи публічного**

звинувачення у вчиненні злочину. Однак, цей принцип не може стати виправданням відмови від виконання встановленого законом обов'язку особою зі спеціальним статусом.

Резюме: стаття 368<sup>2</sup> КК не стосується „процесуального аспекту“ і не заперечує гарантій, якими особа наділена в кримінальному провадженні. Передбачаючи склад кримінального правопорушення, вона не регламентувала (і не могла регламентувати) питання порядку здійснення кримінального провадження. Так само і конституційні гарантії в жодному випадку не можна тлумачити й застосовувати з метою, яка суперечить їхньому конституційному призначенню та загальним цілям Конституції України.

#### IV. Стаття 368<sup>2</sup> КК і юридична визначеність

Деякі кажуть, що до цієї статті КК є „претензії“, мовляв, вона не є чітко визначеною. Слід розібратися з цим. Відомо, що сама природа норм закону вимагає закріплення в тексті не лише переліку конкретних життєвих ситуацій, а й загальних понять, утілених в абстрактних правилах. Це означає, що потреба надати більшої визначеності нормативному тексту не є винятковою ситуацією. Це стосується і визначення у законі правопорушення. У самому Рішенні Суду згадано Рішення ЄСПЛ у справі „S.W. проти Сполученого Королівства“ (S.W. v. the United Kingdom) від 22 листопада 1995 року, в якому наголошено, що будь-яке правопорушення має бути чітко визначене в законі; такій вимозі відповідає стан, коли особа може знати з формулювання відповідного припису, **а за потреби – за допомогою його тлумачення судом**, за які дії або бездіяльність її може бути притягнуто до кримінальної відповідальності (пункт 35).

Звертаю увагу: як свідчить позиція ЄСПЛ, визначене у законі правопорушення – це таке, коли особа може знати межі кримінально караної поведінки, за потреби (увага!) – **„за допомогою його тлумачення судом“**. Однак Суд зробив із цього протилежний висновок – відмовитися від тлумачення закону як інструмента надання правової визначеності в процесі

правової аргументації, тобто віднайдення конституційного контенту в статті 368<sup>2</sup> КК.

Суд, отже, відмовився від тлумачення норми, хоча міг і зобов'язаний був це зробити для аргументації Рішення. Що конкретно він повинен був зробити за практичної потреби тлумачення? По-перше, визначити момент, з якого лише й могла бути застосована до діянь вказана норма (складність полягала в тому, що редакція статті 368<sup>2</sup> КК декілька разів змінювалася з моменту її ухвалення в 2011 році), і підкреслити, що ця норма не застосовується щодо „набуття активів“ особою до набрання нею чинності (*Lex retro non agit*). По-друге, роз'яснити понятійне ядро цієї статті, зокрема таких термінів як „набуття особою у власність активів“, „законність підстав набуття“, „підтвердження доказами“, „передача активів іншій особі“ тощо; По-третє, акцентувати на тому, що притягнення до кримінальної відповідальності за 368<sup>2</sup> КК, як і за будь-якою іншою статтею КК, здійснюється безумовно з дотриманням конституційних гарантій прав людини, зокрема принципу презумпції невинуватості та „принципу мовчання“, які втілені також у нормах КПК, зі змісту яких випливає, що тягар доказування покладається на уповноважені державні органи.

І хоча з'ясування змісту наведених понять, по суті, не виходить за межі текстуального тлумачення (у зв'язку з іншими правовими текстами), таке тлумачення могло вирішити проблемні питання застосування статті 368<sup>2</sup> КК. Річ у тім, що Суд, захопившись гіпотетичними припущеннями про наявність проблем у застосуванні статті 368<sup>2</sup> КК, особливо щодо суб'єкта, на якого покладається „тягар доказування“, не спробував емпірично не лише підтвердити чи спростувати їх, а й витлумачити практику застосування цієї норми.

Як видається, Суд відмовився від тлумачення положень статті 368<sup>2</sup> КК, виходячи з уявлень про те, що нібито „тлумачення закону“ не належить до його повноважень. При цьому було проігноровано різницю між офіційним тлумаченням як видом провадження (за ініціативою інших суб'єктів) і тлумаченням як складовою процесу обґрунтування

**рішення.** На мою думку, у кожній справі Суд повинен тлумачити закон, якщо останній є об'єктом конституційного контролю і вирішується питання про його конституційність. Вирішити питання про конституційність закону означає віднайти/не віднайти в ньому конституційний контент (втілення в його змісті принципів і норм Конституції України).

Твердження про невизначеність змісту статті 368<sup>2</sup> КК є надто перебільшеними, з огляду на два аспекти. По-перше, названа стаття майже стовідсотково кореспондується зі статтею 20 Конвенції ООН проти корупції „Незаконне збагачення“, яка передбачає: „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“. Різниця між формулою цієї норми – „...які вона не може раціонально обґрунтувати“ і формулою статті 368<sup>2</sup> КК – „законність підстав набуття яких не підтверджено доказами“ – незначна, а відмінність полягає якраз у тому, що українська версія навіть гіпотетично не покладає на особу обов'язку надавати докази законності підстав набуття активів, тоді як міжнародно-правова норма якраз у цьому аспекті сформульована інакше – „...вона не може раціонально обґрунтувати“.

По-друге, в аспекті твердження про „невизначеність“ статті 368<sup>2</sup> КК варто відзначити також, що за застосування подібного підходу Судом (відмови а ргіогі від тлумачення), набагато більш невизначеними зовні є значна частина інших статей КК – наприклад, „стаття 209. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом“ або „Стаття 205. Фіктивне підприємництво“, однак наведене, сподіваюся, не стане підставою для визнання цих норм неконституційними, бо судове тлумачення якраз для того й існує, щоб усунути (за її наявності) таку невизначеність.

По-третє, методики тлумачення закону, якщо зважити на досвід зарубіжних конституційних судів, полягають у тому, що навіть якщо певне положення закону допускає два різні тлумачення, одне з яких узгоджується з конституційними принципами, а друге – не узгоджується, то це означає відсутність підстав для скасування цього положення (конституційно-конформне тлумачення) (див., наприклад, Рішення Конституційного Суду Чеської Республіки від 26 березня 1996 року, Pl.ÚS 48/95). Суд визнав норму неконституційною, навіть не спробувавши витлумачити її.

**Якби Суд усе таки спробував витлумачити положення статті 368<sup>2</sup> КК, він повинен би сприйняти її як частину узгодженої структури, до якої входять Конституція України, офіційна конституційна доктрина (попередні позиції Суду) та КПК. „Читати“ норму особливої частини КК неможливо ізольовано від конституційних принципів і норм КПК. Не спробувавши дати тлумачення, Суд загалом не міг дійти до висновку про відсутність конституційного контенту (зокрема, принципу презумпції невинуватості, принципу „мовчання“) у змісті норми КК, а відтак – визнати її неконституційною.**

#### **V. Наслідки визнання статті 368<sup>2</sup> КК неконституційною**

Інколи підкреслюють, що жодного судового вироку за результатами кримінального провадження за статтею 368<sup>2</sup> КК станом на 2019 рік немає, а отже і немає раціональних доводів її існування як такої (за різними відомостями близько 70 кримінальних проваджень було розпочато за вказаною статтею КК). За такою логікою значна частина статей КК видаються „зайвими“, бо на їх підставі немає ні ухвалених судових вироків, ні жодного кримінального провадження. Однак сприймати у такий спосіб закон, яким встановлено кримінальну відповідальність, не можна через те, що він виконує більше важливих функцій, і насамперед – превентивну функцію.

Які наслідки ухвалення Рішення, окрім політичних та репутаційних ризиків для держави? Визнання статті 368<sup>2</sup> КК неконституційною має низку наслідків, які впливають на національний правопорядок і є явно такими, що суперечать цілям Конституції України:

1. Руйнація важливої складової нормативної системи протидії корупції. Те, що щороку від 800 тисяч до понад одного мільйона осіб акуратно заповнювали й подавали е-декларації, було „заслугою“ і статті 368<sup>2</sup> КК. Хоча в КК й передбачено окрему статтю 366<sup>1</sup> з назвою „Декларування недостовірної інформації“, між нею і його статтею 368<sup>2</sup> існував нерозривний зв'язок. По-перше, механізм декларування якраз і був запроваджений з метою створення організаційної інфраструктури, спрямованої на протидію незаконному збагаченню чиновників. Стаття 368<sup>2</sup> КК утримувала осіб від внесення до декларацій фактичних даних, які могли свідчити про незаконне збагачення.

По-друге, скасування статті 368<sup>2</sup> КК унікально дає змогу особі внести до декларації відомості про активи незалежно від законності джерел їх походження (декларація подана вчасно й заповнена „правдиво“). У такому випадку спеціалізовані антикорупційні органи, навіть за наявності повноважень, на сьогодні позбавлені можливості ініціювати притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які набули активи у власність без законних підстав, з причини відсутності відповідного законного підґрунтя (*Nulla poena sine lege*).

2. Закриття кримінальних проваджень за статтею 368<sup>2</sup> КК відзначається не лише техніко-юридичним характером через те, що уможливорює уникнення кримінальної відповідальності особами, яких уже було звинувачено у вчиненні відповідного злочину. Відомо, що протидія корупції, вчиненої організованими групами або злочинними організаціями, є особливо складною з огляду на спроможність останніх до активної протидії правосуддю – із залученням значних ресурсів. Не випадково викриття та нейтралізація таких злочинних структур у зарубіжних країнах нерідко вчиняються саме через механізми контролю незаконних доходів їх лідерів

(відома справа Аль Капоне, 1931, США). Механізми виявлення незаконного збагачення мають істотне значення для протидії та превенції терористичної діяльності, а також виявлення розвідувальної активності інших держав (справа Олдріча Еймса, 1993-1994, США).

Отже, законодавче встановлення кримінальної відповідальності у статті 368<sup>2</sup> КК було узгоджене з цілями Конституції України, виступало сумісним з конституційними принципами верховенства права та презумпції невинуватості. Аргументами Рішення не підтверджено іншого.



Суддя  
Конституційного Суду України

**В. В. Лемак**