

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Шевчука С.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України

Конституційний Суд України Рішенням у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 (далі – Рішення) визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368² Кримінального кодексу України (далі – Кодекс).

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ вважаю за необхідне викласти окрему думку з метою більш детального роз’яснення питань, які порушені у Рішенні та є важливими для розуміння конституційних принципів верховенства права та презумпції невинуватості.

Мотивувальна частина Рішення є результатом тривалих обговорень між суддями з метою знайдення консенсусу. Це означає, що не всі міркування і обґрунтування, якими керувалися судді, дістали відображення в тексті Рішення. Перед тим як перейти до детального викладення моєї позиції, вважаю за доцільне навести додаткові аргументи на підтвердження неконституційності формулювання статті 368² Кодексу.

По-перше, слід зауважити, що Конституційний Суд України (далі – Суд), визнавши неконституційною статтю 368² Кодексу, не вказав, що саме по собі незаконне збагачення є таким, що суперечить Основному Закону України. Предметом конституційного подання були саме окремі аспекти формулювання цього положення Кодексу. Законодавець зобов’язаний визначити незаконне

збагачення кримінально-караним діянням з урахуванням юридичних позицій Суду та принципів криміналізації суспільно небезпечних діянь.

По-друге, очевидні дефекти статті 368² Кодексу, на мою думку, не обмежені тими аспектами, що були зазначені в Рішенні більшістю суддів, вони призводять до порушення й інших конституційних норм та принципів, що загрожує реалізації антикорупційної політики на підставі та в межах Конституції України. У зв'язку з цим Суд не міг і не повинен був виправляти їх у процесі конституційного контролю. Зазначені дефекти були закладені на етапі підготовки та розгляду Верховною Радою України змін до статті 368² Кодексу. Тому, на моє переконання, Суд не мав іншого вибору, крім визнати оспорюване положення Кодексу неконституційним *in toto*.

По-третє, слід вказати на основні критерії формулювання складу такого злочину, як незаконне збагачення, наявність яких робитиме його сумісним з конституційними правами і свободами, гарантованими Конституцією України та її імпліцитними антикорупційними принципами.

Антикорупційний принцип конституції

На загальноєвропейському рівні існує чітка позиція, що корупція становить серйозну загрозу верховенству права, демократії та правам людини, нівелює соціальну справедливість, перешкоджає економічному розвитку та загрожує належному функціонуванню ринкової економіки.

Відповідальність державної влади перед суспільством є невід'ємною складовою конституційного принципу правової держави. Тому державні службовці, які порушують конституцію і закони, надають перевагу особистим чи груповим інтересам, а не інтересам суспільства, своїми діями дискредитують державну владу і тому мають бути усунуті зі своїх посад у порядку, передбаченому законом¹.

¹ Див.: Conclusion of 31 March 2004 in Case No. 14/04 on the Compliance of Actions of President Rolandas Paksas of the Republic of Lithuania against whom an Impeachment Case has been Instituted with the Constitution of the Republic of Lithuania, para. 3 (Constitutional Court of Lithuania).

Як зазначається в конституційно-правовій доктрині, „Конституція України, як і більшість конституцій світу, не містить спеціальних положень щодо боротьби з корупцією. Такий підхід впливає з природного прагнення конституцієдавця забезпечити стабільність і сталість конституційних компромісів, адже конституційні цінності і інститути мають перспективно визначати систему урядування і розвиток держави. З такої точки зору було б нелогічно, якби соціальна патологія корупції отримала визнання на конституційному рівні у будь-якій формі. Але не можна вважати, що конституція є нейтральною по відношенню до такої патології. Принципи демократичної, соціальної, правової держави, проголошені Конституцією України в статті 1, містять важливий антикорупційний елемент, який може вважатися конституційним принципом“².

Тому не викликає сумнівів, що конституція не просто дозволяє, але вимагає запровадження ефективної антикорупційної політики для захисту конституційних цінностей, прав і свобод, і можна з упевненістю говорити про імпліцитний антикорупційний принцип, закладений в конституційній структурі³. Цей принцип впливає із самої структури конституції і має окремий статус, як і інші фундаментальні конституційні принципи (поділ влади, верховенство права, народовладдя тощо). Сама ідея конституції як інструменту обмеження владного свавілля ґрунтується на тих міркуваннях, які становлять філософську основу антикорупційного принципу конституції.

Цей принцип має багато елементів. Виходячи з положень статті 1 Конституції України для цілей цього аналізу слід звернути увагу на такі його елементи, як цілеспрямованість, ефективність, включаючи невідворотність покарання за корупційні злочини, та пропорційність.

Цілеспрямованість. Цей елемент вже був визнаний на конституційному рівні у Рішенні Суду у справі про смертну кару від 29 грудня 1999 року № 11-рп/99. З точки зору конституційного аналізу

² Водяніков О.Ю. Корупція, цивілізація і конституційна демократія // Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / Наук. ред. Хавронюк М. І. – К.: Ваїте, 2018. – с. 16.

³ Там само. – с. 17.

крізь призму антикорупційного принципу Конституції України важливим є дослідження формулювань статті 368² Кодексу у світлі цілей покарання та юридичної визначеності мети криміналізації незаконного збагачення. Розвиваючи логіку, закладену у цьому рішенні у справі про смертну кару, слід вказати, що антикорупційні заходи кримінально-правової політики мають переслідувати чітку і адекватну мету, яка є легітимною в демократичному суспільстві.

Ефективність, включаючи невідворотність покарання за корупційні злочини. Цей критерій визначає, що антикорупційні заходи повинні досягати своєї мети, тобто не бути фіктивними, а також відповідати вимогам чіткості і визначеності задля забезпечення ефективності, особливо коли йдеться про кримінально-правові заходи боротьби з корупцією.

Пропорційність. Антикорупційні заходи мають бути співмірними меті і досягати її у найменш обтяжливий для конституційних прав і свобод спосіб.

Міжнародні стандарти щодо переслідування за злочин незаконного збагачення

Питання ефективності антикорупційної політики, невідворотності покарання за корупційні злочини та ефективне переслідування за такі злочини є серйозними викликами для сучасної держави, адже факт корупційного діяння зазвичай досить важко довести відповідно до вимог і принципів кримінального права. Корупція, як і інші „білокомірцеві“ злочини, не залишає чітких документальних слідів. Тому явне збільшення статків окремого чиновника може бути подекуди єдиним проявом того, що мали місце корупційні діяння.

У відповідь на поширення корупції держави вдаються до різних, переважно інноваційних, підходів у сфері кримінально-правової політики з метою забезпечення невідворотності покарання за корупцію. Одним із таких заходів є криміналізація незаконного збагачення, в основі філософії якого лежить неприйняття практики збільшення статків посадовця, яке не може

бути розумно пояснене і яке відбулося під час перебування його чи її на посаді.

Так, стаття 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року визначає цей злочин як „умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати“.

Злочин незаконного збагачення має п'ять ключових елементів⁴:

- 1) державна посадова особа, яка
- 2) протягом періоду перебування на посаді
- 3) умисно / свідомо
- 4) отримала значне збільшення активів,
- 5) цьому немає розумного обґрунтування.

Відколи Республіка Індія і Аргентинська Республіка в 1964 році вперше запровадили кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, на рівні міжнародних організацій почав домінувати підхід, що такий захід є кращою світовою практикою, яку належить наслідувати. Так, у текстах Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року, Міжамериканській конвенції проти корупції 1996 року, Конвенції Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею 2003 року було закріплено рекомендацію державам-учасникам розглянути можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання умисного незаконного збагачення злочином.

Однак, як показує досвід країн світу, що запровадили кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, цей захід не є панацеєю від корупції. Відсутність консенсусу в цьому питанні також підтверджується вказаними міжнародно-правовими документами: у статті 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року і статті 9 Міжамериканської конвенції проти корупції 1996 року зазначено, що за умови дотримання своєї

⁴ див.: Muzila L., *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption* / Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias, and Tammar Berger. – Washington: International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2012. – p. 13

конституції та основоположних принципів своєї правової системи держави можуть визнати умисне незаконне збагачення як злочин, водночас згідно зі статтею 8 Конвенції Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею 2003 року така криміналізація можлива за умови дотримання „положень внутрішнього права“.

З огляду на підходи Світового банку можна визначити чотири цілі, що переслідуються при встановленні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення:

1) відшкодувати державі втрати, понесені внаслідок корупційної практики;

2) покарати посадовців, чії статки суттєво збільшилися внаслідок незаконного збагачення;

3) унеможливити користування плодами корупційних злочинів (згідно із загальним принципом права *crime does not pay*), тобто ефективно попередити корупційні практики;

4) обмежити діяльність вказаних осіб шляхом звільнення чи позбавлення волі⁵.

Відповідно, суб'єктивна сторона злочину (*mens rea*) полягає у свідомому чи умисному отриманні активів, а об'єктивна сторона (*actus reus*) – у фактичному володінні такими активами (не обов'язково на праві власності – це має включати й інші речові права на такі активи).

Відповідність формулювання статті 368² Кодексу елементам антикорупційного принципу Конституції України

Для аналізу редакції статті 368² Кодексу, яка була предметом оскарження 59 народних депутатів України, слід звернутися до мети, яку переслідував законодавець у процесі прийняття цієї норми.

⁵ Muzila L., *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption* / Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias, and Tammar Berger. – Washington: International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2012. – p. 53.

Зміни до статті 368² Кодексу були внесені Законом України „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції“ від 12 лютого 2015 року № 198–VIII. Зазначений закон, розроблений робочою групою з підготовки законопроекту про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері запобігання і протидії корупції щодо уточнення їх окремих положень, а також щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України, утвореною Комітетом Верховної Ради України з питань запобігання і протидії корупції.

Комітет Верховної Ради України з питань запобігання і протидії корупції розглянув пропозиції робочої групи щодо проектів законів „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо уточнення їх окремих положень з питань запобігання і протидії корупції та легалізації (відмивання) доходів“ (реєстр. № 1406), поданий народними депутатами України Чумаком В.В., Соболевим Є.В. та іншими, „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України“ (реєстр. № 1660), поданий народним депутатом України Луценком Ю.В., „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства України з питань запобігання корупції“ (реєстр. № 1660-1), поданий народними депутатами України Соболевим Є.В., Чумаком В.В. та іншими, а також узгоджену редакцію тексту законопроекту, підготовленого на основі проекту закону „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України“ (реєстр. № 1660-1).

Зазначений комітет ухвалив рішення внести доопрацьований проект закону „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції“

(реєстр. № 1660-д) на розгляд Верховної Ради України для прийняття його за основу та в цілому як закону.

Як впливає з підготовчих матеріалів, зміни до статті 368² Кодексу передбачалися проектами законів (реєстр. № 1660; реєстр. № 1660-1). Однак обґрунтування змін до цього положення міститься лише в пояснювальній записці до законопроекту (реєстр. № 1660):

„Згідно зі статтею 20 Конвенції ООН проти корупції, що ратифікована Законом України від 18 жовтня 2006 року, незаконне збагачення визначається як „значне збільшення активів публічної посадової особи, що перевищує його законні доходи, і які вона не може раціонально обґрунтувати“. В абсолютній більшості випадків джерелом раціонально необґрунтованого збільшення майна посадовця державного органу чи державного підприємства може бути тільки торгівля його публічними повноваженнями/владою або привласнення державного майна. Тому встановлення факту надприбутків чиновника породжує великі сумніви в тому, що він не корумпований.

Беручи до уваги об'єктивні українські реалії (у тому числі отримання більшістю населення заробітної плати неофіційно „в конверті“), більшість громадян не зможуть підтвердити джерело походження навіть незначного по вартості майна. З цієї причини пропонується ввести кримінальну відповідальність за незаконне збагачення за придбання не будь-якого майна (купівля якого не може бути обґрунтована), а лише того майна, що за своєю вартістю явно значно виходить за рамки офіційних доходів особи“.

Таким чином, можна припустити, що метою змін, внесених до статті 368² Кодексу Законом України „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції“ від 12 лютого 2015 року № 198–VIII, є покарання за придбання майна (купівля якого не може бути обґрунтована), що за своєю вартістю явно значно виходить за рамки офіційних доходів особи.

Чи це чітка, адекватна мета, яка є правомірною в демократичному суспільстві? Частково. Адже набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджена доказами, є лише одним із багатьох видів незаконного збагачення.

Так, до сфери дії статті 368² Кодексу не увійшли будь-які інші речові права на активи (найм, оренда, право користування тощо). Правомірна мета має стосуватися важливого суспільного питання (чи проблеми) і адекватно відображати його сутність і важливість. Мета, що стосується лише частково такого питання (чи проблеми) або не має до нього раціонального відношення, не може вважатися адекватною.

Навіть якщо припустити, що мета формулювання статті 368² Кодексу є чіткою і правомірною в демократичному суспільстві, постає ще більш серйозне питання її відповідності критерію ефективності.

Критерій ефективності стосується не тільки результатів застосування на практиці положення статті 368² Кодексу, хоча за чотири роки існування цього положення не було винесено жодного вироку – обвинувального чи виправдувального. Проблема полягає в тому, що формулювання статті 368² Кодексу не дозволяє притягнути чиновників до відповідальності у випадку, коли їхні активи та витрати явно перевищують офіційні доходи. Замість того, щоб охопити всі випадки набуття речових прав на активи, законодавець, по суті, встановив кримінальну відповідальність лише за один вид незаконного збагачення за критерієм відсутності доказів щодо законності підстав набуття активів у значному розмірі у власність.

Інший момент, який стосується питання відповідності критерію ефективності, полягає в тому, що у статті 368² Кодексу незаконне збагачення визначається як окрема дія (набуття у власність активів), тоді як згідно зі статтею 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року та іншими міжнародно-правовими документами незаконним збагаченням є продовжуваний злочин, тобто такий, який складається з

декількох тотожних злочинних діянь, що характеризуються єдністю умислу. З огляду на формулювання статті 368² Кодексу особа не може бути притягнута до відповідальності, якщо набуття у власність активів відбулося до набрання чинності змінами, внесеними до цього положення. Це, зокрема, і мав на увазі Суд і вказав у Рішенні.

Разом з тим антикорупційний принцип, закладений в Конституції України, вимагає забезпечення дотримання принципу щодо унеможливлення користування плодами корупційних злочинів (згідно із загальним принципом права *crime does not pay*).

Окремо варто звернути увагу на дефект невизначеності формулювання статті 368² Кодексу. Суд у своєму Рішенні вказав, що „одним з головних елементів принципу верховенства права, закріпленого в частині першій статті 8 Основного Закону України, є юридична визначеність. Конституційний Суд України наголошував на важливості вимоги визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі“ (абзац перший пункту 3 мотивувальної частини).

Суд дійшов висновку, що стаття 368² Кодексу не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України.

Я повністю підтримую цю позицію Суду, адже вона, по суті, запроваджує в конституційну матерію України відомий стандарт доктрини *void for vagueness*, поширений у практиці Верховного Суду Сполучених Штатів Америки.

Зміст цього стандарту виклав ще у 1926 році суддя Сазерленд у справі „*Connally v. General Construction Co.*“: „Те, що формулювання кримінального закону, яким встановлюється новий злочин, повинні бути достатньо ясними для того, аби дати зрозуміти тим, хто підпадає під їхню дію, яка їхня

поведінка матиме наслідком відповідальність за цим законом, є загальноновизнаною вимогою, співзвучною пересічним поняттям справедливих правил гри і встановлених норм права. Тому закон, який забороняє чи вимагає вчинення дії у формулюваннях настільки нечітких, що людина загальних розумових здібностей повинна гадати, який його зміст, і здогадуватися щодо його застосування, порушує перший принцип належної правової процедури“⁶.

Як зазначив суддя Гонтье з Верховного Суду Канади у справі „*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*“ (1992), „Принципом фундаментальної справедливості є те, що закони не можуть бути надто невизначені“⁷.

Суд звернув увагу на нечіткість формулювання статті 368² Кодексу, яке дозволяє встановлення презумпції вини і покладання тягара доведення на сторону захисту, що може призвести до невизначеності усього складу злочину незаконного збагачення.

На підставі викладеного я повністю погоджуюся з висновками Суду щодо визнання формулювання статті 368² Кодексу неконституційним. На моє переконання, дефекти редакції цієї норми є фундаментальними, тому це положення має бути вилучене з Кодексу, а законодавець повинен ретельно і виважено підійти до формулювання поняття „злочин незаконного збагачення“.

Я повністю усвідомлюю, що положення статті 368² Кодексу є одним із фундаментів поточної антикорупційної політики та інституційної реформи у сфері боротьби з корупцією в Україні. Але, як сказано в Євангелії від Луки, дім, побудований на піску, приречений, і руїна тому дому буде велика.

Ухвалення Верховною Радою України очевидно неконституційної редакції статті 368² Кодексу ускладнило ефективну боротьбу з корупцією, адже антикорупційна політика має здійснюватися на підставі якісних та чітких законодавчих приписів, які не суперечать Конституції України, а не на

⁶ Connally v. General Construction Co., 269 U.S. 385 (1926), at 391

⁷ R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society (1992), [1992] 2 SCR 606

підставі норм, що грубо порушують фундаментальні права і свободи людини і громадянина.

Критерії, що мають бути дотримані при формулюванні поняття „злочин незаконного збагачення“

Суд визначив у Рішенні основні вимоги, що впливають зі статей 62, 63 Конституції України, та, зокрема, вказав, що не можна:

- 1) покласти на особу обов'язок підтверджувати доказами законність підстав набуття нею у власність активів, тобто доводити свою невинуватість;
- 2) надавати стороні обвинувачення право вимагати від особи підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів;
- 3) уможливлювати притягнення особи до кримінальної відповідальності лише на підставі відсутності підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів.

До цього переліку слід також додати такі критерії, що впливають з антикорупційного конституційного принципу:

- незаконне збагачення має охоплювати всі речові права, які можуть набувати особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, внаслідок корупційної діяльності;
- злочин незаконного збагачення повинен мати характер продовжуваного злочину (цим усувається ризик у неконституційної ретроактивності і забезпечується дотримання принципу *crime does not pay*);
- формулювання має чітко визначати умисність цього злочину.



Суддя
Конституційного Суду України

Станіслав ШЕВЧУК