

Усатий Григорій Олександрович,
доцент кафедри кримінального права та
кримінології Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук, старший
науковий співробітник, доцент

КОНСТИТУЦІЙНІСТЬ ПОЛОЖЕНЬ СТ. 368-2 КК УКРАЇНИ «НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ»

Відповідно до статистичних даних, які розміщені у відкритому доступі, з 2011 року за скоєння кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368-2 КК України зареєстровано 353 кримінальних проваджень. При цьому, станом на травень 2018 року, в суд передано тільки 10. Закрито кримінальне провадження відносно 125 осіб. Отже ефективність правозастосування положень цієї статті дорівнює 2,8%. Наведене свідчить про нагальну необхідність реформування кримінального законодавства України в цій частині.

У конституційному поданні від 12 грудня 2017 р. стверджується, що частина 1 статті 368-2 КК України суперечить таким конституційним принципам як : захист від самовизначення, презумпція невинуватості, право на справедливий судовий розгляд і рівність сторін, принцип законності, принцип «non bis in idem» і принцип відсутності зворотної сили в часі.

У зв'язку з цим, суттєво актуалізується необхідність здійснення доктринального тлумачення та аналізу положень і норм законодавчих, інших нормативно-правових актів та джерел конституційного, кримінального та кримінального процесуального права для науково-правового обґрунтування конституційності (неконституційності) статті 368-2 КК України, яка передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення.

Враховуючи вищезазначене небезпідставно вважаємо, що з метою забезпечення повного і всебічного розгляду справи та прийняття обґрунтованого рішення, Конституційному Суду України, необхідно враховувати також те, що: щодо суперечностей між принципом презумпції невинуватості і нормою про «незаконне збагачення» слід зазначити наступне. Презумпція невинуватості не виключає можливості про ведення різноманітних процесуальних дій з метою отримання доказів у кримінальній справі. В такому випадку потрібно буде доводити не факт вчинення тих чи інших злочинів, які потягли за собою збагачення, а навпаки, відсутність законних підстав для значного збільшення активів службової особи. Таким чином, цілком можливо зняти зі службової особи, яку

перевіряють, тягар обґрунтування нею легітимності її майнових активів значної вартості.

Тобто, тягар доведення вини несе сторона обвинувачення у всіх провадженнях, в т.ч. провадженнях по ст. 368-2 КК. Цей висновок впливає як зі змісту ст. 368-2 КК України, так і з положень ст. 92 КПК України (з урахуванням ст. 368-2 КК України): обов'язок доказування обставин, передбачених статтею 91 КПК України, покладається на слідчого і прокурора, а обов'язок доказування належності та допустимості доказів – на сторону, що їх подає.

Також слід враховувати презумпцію правомірності набуття права власності на майно, закріплену в ч. 2 ст. 328 ЦК України: «Право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом».

Особа, яка підозрюється (обвинувачується) у незаконному збагаченні, не зобов'язана, хоч і має право надати пояснення щодо джерел наявних у неї активів і законності їх походження (особливо це має значення в разі втрати правовстановлювальних документів на майно, смерті або зникнення близьких осіб, які подарували чи на інших правових засадах передали майно особі, заяви останньої про знахідку майна тощо).

У рішенні в справі *John Murray v. United Kingdom* від 8 лютого 2006 р. ЄСПЛ визнав, що суд може робити негативні висновки з мовчання обвинуваченого, коли фактичні обставини справи явно вимагають від особи надати пояснення, якщо при цьому таке мовчання не є основною підставою для обвинувального вироку. Практика ЄСПЛ також підтверджує, що володілець майна, як ніхто інший, обізнаний про джерела походження свого майна і може легко продемонструвати їх законність.

Виходячи з принципу юридичної визначеності, кожен повинен заздалегідь знати, за що його можуть покарати за Кримінальним кодексом. Отже, якщо Верховна Рада 14 жовтня 2014 року визначила, що відповідних осіб, починаючи з 26 квітня 2015 року почнуть карати за набуття у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, це означає, що за цією статтею можна карати лише тих відповідних осіб, які набули у власність такі активи, починаючи з 26 квітня 2015 року.

Із ст. 368-2 КК випливає, що якщо у тієї чи іншої особи-функціонера попередньо (наприклад, згідно із заявою про злочин) встановлено спосіб життя, який не відповідає її доходам, то слідчий повинен перевірити наявність активів й усі можливі версії їх законного набуття.

При цьому, підсудний може надати слідству і суду свої пояснення або не надавати їх. У другому випадку сама по собі відмова

надати докази законності набуття активів ще не може розглядатися як факт відсутності таких доказів.

Стосовно недопущення «подвійної відповідальності за одне і те ж діяння», то стаття 368-2 КК України сформульована таким чином, що предикатним стосовно незаконного збагачення може бути будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою-функціонером. Це може бути не лише заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК), а і будь-який корисливий злочин проти власності, вчинений цією особою. Більше того: використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не виключає того, що предикатними стосовно незаконного збагачення можуть визнаватись правопорушення відмінні від злочинів (наприклад, цивільно-правовий делікт, господарське чи податкове правопорушення – не злочин, або зловживання власним правом чи інше діяння, яке не є правопорушенням).

Відповідно до передбаченої редакції диспозиції частини першої статті 368-2 Кримінального кодексу України встановлюється відповідальність за «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, її близькою особою у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі». Проте за такої редакції особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, чи близькі особи, на нашу думку, повинні будуть доказувати факт законності набуття активів у «значному розмірі» задля того, щоб їх не звинуватили у вчиненні такого злочину, як незаконне збагачення. Такий законодавчий підхід не враховує приписи статті 62 Конституції України щодо гарантії презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину, відповідно до якої 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. При цьому ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

Оспорювана стаття 368-2 Кримінального кодексу України створює колізію з положеннями Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року, оскільки відповідно до статі 20 Конвенції про незаконне збагачення чітко передбачено, що 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. Це означає, що вжиття заходів для визнання злочином

незаконного збагачення передусім повинно здійснюватися з дотриманням конституції та основоположних принципів правової системи відповідної держави-учасниці. Проте, визнання злочином незаконного збагачення за статтею 368-2 Кримінального кодексу України здійснене всупереч численній кількості положень Конституції України та основоположним принципам правової системи нашої держави.

Підсумовуючи зазначимо, що удосконалення положень статті 368-2 КК України з метою приведення їх у відповідність до вимог Конституції України та Конвенції ООН проти корупції повинно стати пріоритетним завданням для національної кримінально-правової політики України.

Фодчук Анатолій Богданович,
начальник Управління запобігання
корупції та проведення люстрації
МВС України

ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ОСІБ, ЯКІ НАДАЮТЬ ДОПОМОГУ В ЗАПОБІГАННІ ТА ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ

Особи, які надають допомогу в запобіганні і протидії корупції, перебувають під захистом держави. Для таких осіб, згідно ст. 53 Закону України «Про запобігання корупції» (далі – Закон) передбачено систему гарантій їх державного захисту, до якої входять організаційні, кримінально-процесуальні, дисциплінарні, соціальні, інформаційні та інші гарантії захисту.

Зокрема, в ст. 53 Закону передбачено, що за наявності загрози життю, житлу, здоров'ю та майну осіб, які надають допомогу в запобіганні і протидії корупції, або їх близьких осіб, у зв'язку із здійсненням повідомленням про порушення вимог цього Закону, правоохоронними органами до них можуть бути застосовані правові, організаційно-технічні та інші спрямовані на захист від протиправних посягань заходи, передбачені Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві».

Закон України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» був прийнятий 23 грудня 1993 року. Під забезпеченням безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, у ст. 1 Закону розуміється здійснення правоохоронними органами правових, організаційно-технічних та інших заходів, спрямованих на захист життя, житла, здоров'я та майна цих осіб від протиправних посягань, з метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя.

До органів, які забезпечують безпеку викривачів, належать державні органи, які: