

АНАЛІЗ РІШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЩОДО ВИЗНАННЯ НЕКОНСТИТУЦІЙНОЮ СТАТТІ 368-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: СКЛАДНОЩІ ОБҐРУНТУВАННЯ ТА НАСЛІДКИ

ANALYSIS OF THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE REGARDING THE RECOGNITION OF UNCONSTITUTIONAL ARTICLE 368-2 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE: DIFFICULTIES OF JUSTIFICATION AND CONSEQUENCES

Граб А.В., магістр кафедри кримінально-правової політики та кримінального права

*Навчально-науковий інститут права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Статтю присвячено аналізу рішення Конституційного Суду України про визнання неконституційною статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення».

Охарактеризовано ключові аргументи, які використав Суд при ухваленні цього рішення: 1) невідповідність вимозі юридичної визначеності як складовій конституційного принципу верховенства права; 2) неузгодженість з конституційним принципом презумпції невинуватості; 3) неузгодженість з конституційним приписом щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів. Здійснюється звернення до рішень конституційних судів Литви та Молдови, присвячених визнанню неконституційними статей кримінального законодавства вказаних держав, присвячених незаконному збагаченню. З'ясовано, що Конституційний Суд України при здійсненні тлумачення ст. 368-2 Кримінального кодексу України не навів достатньо переконливих аргументів на користь свого рішення, чим ускладнив оптимізацію кримінального законодавства в частині відповідальності за незаконне збагачення.

Акцентовано увагу на деяких особливостях ст. 368-5 Кримінального кодексу України, що наразі передбачає відповідальність за незаконне збагачення. Зокрема, показано, що вказана заборона потребує додаткових досліджень задля виявлення та усунення наявних у ній недоліків, деякі з яких вже позначені у статті. Висвітлено законопроект щодо внесення змін до Кримінального кодексу України в частині посилення відповідальності за корупційні діяння під час дії воєнного стану. Висловлено думку про те, що низький рівень аналізованих кримінальних правопорушень, відображених в статистичних даних, не в останню чергу є результатом жвавих публічних дискусій щодо оптимального законодавчого регулювання відповідальності за незаконне збагачення, неоднозначного рішення Конституційного Суду України, відсутності належних теоретично-практичних рекомендацій щодо кримінально-правової оцінки незаконного збагачення, описаного в статті 368-5 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: незаконне збагачення, Конституційний Суд України, корупція, неконституційність, кримінальна відповідальність.

The article is devoted to the analysis of the decision of the Constitutional Court of Ukraine on recognition of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine «Illicit Enrichment» as unconstitutional.

The key arguments used by the Court in adopting this decision are characterized: 1) non-compliance with the requirement of legal certainty as a component of the constitutional principle of the rule of law; 2) inconsistency with the constitutional principle of presumption of innocence; 3) inconsistency with the constitutional prescription regarding the inadmissibility of bringing a person to justice for refusing to give a statement or explanation about himself, family members or close relatives. An appeal is being made to the decisions of the constitutional courts of Lithuania and Moldova, devoted to the recognition of unconstitutional articles of the criminal legislation of the specified states, devoted to illicit enrichment. It was found that the Constitutional Court of Ukraine when interpreting Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine did not provide sufficiently convincing arguments in favor of his decision, which made it difficult to optimize the criminal legislation in terms of responsibility for illicit enrichment.

Attention is focused on some features of Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine, which currently provides for responsibility for illicit enrichment. In particular, it is shown that this ban requires additional research to identify and eliminate its shortcomings, some of which have already been noted in the article. The draft law on amendments to the Criminal Code of Ukraine in terms of increasing responsibility for corruption during martial law is highlighted. The opinion is expressed that the low level of analyzed criminal offenses, reflected in statistical data, is not least the result of lively public discussions regarding the optimal legislative regulation of responsibility for illicit enrichment, the ambiguous decision of the Constitutional Court of Ukraine, the lack of proper theoretical and practical recommendations regarding criminal legal assessment of illicit enrichment described in Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: illicit enrichment, Constitutional Court of Ukraine, corruption, unconstitutionality, criminal liability.

Постановка проблеми. Протидія корупції в Україні, без сумнівів, є завданням виняткового суспільного та державного значення, а криміналізація незаконного збагачення слугує важливим юридичним засобом реалізації державної політики у цій сфері. Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, яка з 2011 р. по 2019 р. була передбачена у ст. 368-2 Кримінального Кодексу України (далі – КК України) до визнання її неконституційною, а потім отримала нове закріплення в ст. 368-5 цього ж Кодексу, стало результатом численних теоретичних напрацювань та дискусій в сфері кримінально-правової політики держави. З одного боку, ця кримінально-правова заборона може розцінюватись як приклад дієвого реформування сфери запобігання та протидії корупції, гармонізації українського законодавства із міжнародно-правовими документами. З іншого, не виключається її оцінка як законодавчого вірсу, який визначає

у змісті кримінально-правової норми узаконену можливість безпідставного порушення прав людини при її застосуванні на практиці [1, с. 147–148]. Постає питання, чи не спіткає ст. 368-5 КК України доля попередниці та чи не вона настільки новою та ефективною, якою уявляє це наш законодавець. В юридичній літературі висловлюється думка про те, що нова стаття КК України про незаконне збагачення лише завуальовує порушення конституційних принципів, згаданих у Рішенні Конституційного Суду України від 26.02.2019 у справі № 1-135/2018 (5846/17) за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 КК України (далі – Рішення від 26 лютого 2019 р.) [2].

Усе сказане зумовлює необхідність проведення досліджень на предмет того, чи можна вважати Рішення від 26 лютого 2019 р. обґрунтованим та які його справжні

наслідки. Зокрема, одним із таких наслідків стало прийняття Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів» № 263-ІХ від 31.10.2019 р. [3] нової редакції норми незаконного збагачення, викладеній у статті 368-5 КК України. Та чи можна назвати цю норму безпроблемною – доведеться з'ясувати.

Аналіз останніх досліджень. Інтерес до питання боротьби із незаконним збагаченням у вітчизняній науці залишається на високому рівні. Багато науковців теоретиків та практиків, серед яких О. І. Гузоватий, О. О. Дудоров, К. П. Задоя, В. М. Киричко, Г. С. Крайник, М. І. Мельник, Д. Г. Михайленко, В. О. Навроцький, В. Я. Тацій, О. О. Титаренко, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, І. Б. Юрчишин, І. М. Ясінь та ін., продовжують проводити дослідження з окресленої тематики. Зокрема, І. Б. Юрчишин проаналізував досвід правової регламентації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в низці зарубіжних країн, а К. П. Задоя дослідив аргументації, наведені Конституційним Судом України (далі – КСУ) в його Рішенні від 26 лютого 2019 р. на користь висновку про неконституційність ст. 368-2 КК України. Попри це, проблема незаконного збагачення залишається не досить дослідженою, через те, що більшість досліджень зазначених авторів стосувалася старої статті 368-2 КК України, яку Рішенням від 26 лютого 2019 р. КСУ визнав такою, що не відповідає Конституції України, а стосовно нової статті 368-5 КК України дослідження ще не є досить результативними. Тому, обрана тематика потребує постійного поповнення наукових здобутків, які здатні вирішити наявні прогалини у вітчизняному правовому регулюванні та правозастосуванні норми незаконного збагачення.

Метою статті є дослідження Рішення від 26 лютого 2019 р., яким КСУ визнав ст. 368-2 КК України неконституційною, на предмет його обґрунтованості, а також виявлення можливих правових наслідків такого Рішення. Досягненню цієї мети сприятиме, зокрема, аналіз нової редакції норми незаконного збагачення (ст. 368-5 КК України) та розкриття актуальних питань, що її супроводжують.

Виклад основного матеріалу. Однією з-поміж інших законодавчих новел в 2011 році стало те, що Розділ XVII Особливої частини КК України був доповнений складом кримінального-протиправного «незаконного збагачення» статтею 368-2 Законом України [1, с. 142]. У такий спосіб було імplementовано ст. 20 Конвенції ООН проти корупції від 2003 р. За період свого існування з 2011 р. по 2019 р. вказана стаття КК зазнала неодноразових змін і врешті-решт Рішенням КСУ від 26 лютого 2019 р. була визнана такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною) та втратила чинність. Народ України та міжнародна спільнота досить неоднозначно сприйняли це резонансне рішення, і на те були вагомі причини, окрім таких очевидних, як декриміналізація одного із ключових злочинів, задля боротьби з якими створювали нові антикорупційні органи, зобов'язання перед міжнародними партнерами у сфері протидії корупції та певна частка політичної заангажованості.

Потрібно нагадати, що остання чинна редакція ст. 368-2 КК України перед визнанням її неконституційною, передбачала відповідальність за набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі.

У своєму рішенні від 26 лютого 2019 р. КСУ дійшов висновку, що стаття 368-2 КК України є неконституційною з трьох причин. Вона: 1) не відповідає вимозі юри-

дичної визначеності як складовій конституційного принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України); 2) не узгоджується з конституційним принципом презумпції невинуватості (ст. 62 Конституції України); 3) 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 (ч. 1 ст. 63 Конституції України) [2]. Однак кожна з наведених причин та їх обґрунтування викликає низку запитань.

Так, одним із неодмінних елементів верховенства права є юридична визначеність. Вона вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишались передбачуваними. Саме так трактує це поняття Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) у Доповіді «Верховенство права», схвалений на 86-му пленарному засіданні, яке відбулося 25–26 березня 2011 року [5]. У свою чергу, КСУ в п. 5 мотивувальної частини Рішення від 26 лютого 2019 р. виклав своє бачення щодо порушення принципу юридичної визначеності в контексті ст. 368-2 КК України. Спочатку, в абз. 5 та 10 п. 5 цього Рішення КСУ наголошує на суперечності ст. 368-2 КК України з елементами презумпції невинуватості, що закріплені в ч. 2 і 3 ст. 62 Конституції України, а вже в абз. 11 п. 5 вживає формальну конструкцію «з огляду на наведене», коли доходить до висновку, що ст. 368-2 КК України не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, а тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права. Вбачається своєрідна протилежність у викладі аргументів КСУ. В п. 5 мотивувальної частини Рішення від 26 лютого 2019 р. Суд водночас стверджує про невідповідність ст. 368-2 КК України презумпції невинуватості та вимозі юридичної визначеності як про два окремі принципи. Хоча, в абз. 11 цього ж пункту, йде мова про те, що ст. 368-2 КК України суперечить вимозі юридичної визначеності, оскільки вона суперечить гарантіям, що утворюють презумпцію невинуватості.

КСУ, говорячи про те, що ст. 368-2 КК України суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, акцентує увагу в абз. 6. п. 5 свого Рішення на відсутності в ст. 368-2 КК України «такої обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого цією статтею, як набуття активів у власність у злочинний спосіб»; «відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі ще не означає, що їх набуття є суспільно небезпечним діянням». Окрім цього, в ч. 1 ст. 368-2 КК України наявний процесуальний припис «не підтверджено доказами», а процесуальні юридичні приписи не можуть бути складовою юридичної норми, яка передбачає кримінальну відповідальність, оскільки вони пов'язані не з діянням суб'єкта злочину, а з процесуальною діяльністю посадових осіб уповноважених державних органів» (абз. 7 п. 5) [2].

На думку К. П. Задоя, з якою складно не погодитись, КСУ застосовує підміну понять, коли критикує ст. 368-2 КК України за те, що в ній криміналізовано «набуття особою у власність активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», а не «набуття активів у власність у злочинний спосіб». Адже замість того, щоб навести конкретні доводи на користь невизначеності ст. 368-2 КК України, Суд лише протиставляє її формулюванню, яке в уявленні КСУ було б визначеним і тому конституційним. Те ж саме стосується тези КСУ про те, що «відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття особою у власність активів... не означає, що їх набуття є суспільно небезпечним діянням», оскільки, попри те, що вимога юридичної визначеності є вимогою до якості кримінального закону, ця якість несе формальний (комунікативний) характер. Засумнівавшись

у тому, що положення ст. 368-2 КК України криміналізували суспільно небезпечне діяння, КСУ приховано змістив акцент із формальної (комунікативної) якості цих положень на їхню субстантивну (внутрішню) якість, які не мають прямого зв'язку з вимогою юридичної визначеності [6, с. 71–72].

Також залишається незрозумілою позиція КСУ щодо віднесення формулювання ч. 1 ст. 368-2 КК України «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» до «процесуального припису». Не наведені жодні критерії розмежування приписів до тієї чи іншої групи, на підставі чого було зроблене такий висновок. Ба більше: постає питання, чи матиме настільки вирішальне значення характер норми для розуміння її адресатом, щоб визначити її як таку, що не узгоджується з вимогою юридичної визначеності?

Заслугує на увагу позиція судді КСУ С. П. Головатого, викладена в окремій думці до Рішення від 26 лютого 2019 р., про те, що конкретний елемент незаконного збагачення (збільшення активів у значному розмірі, законність підстав набуття у власність яких не підтверджено доказами) достатньо чітко проглядається з формулювання ч. 1 ст. 368-2 КК 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. Тільки після перевірки всіх можливих способів набуття активів підтверджується, що обвинувачена особа не могла отримати значну суму доходу від своєї діяльності, не забороненої законом. Цікаво також, що суддя КСУ І. Д. Сліденко у своїй окремій думці зауважив, що «КСУ не зазначив, у чому саме полягає неоднозначність формулювання статті про незаконне збагачення» [2].

Принцип презумпції невинуватості особи, закріплений у ст. 62 Конституції України, передбачає, що обов'язок доведення вини особи покладається на державу. Ця конституційна норма є відображенням приписів п. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., в якій йдеться про те, що кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вини не буде доведено в законному порядку [7]. КСУ в абз. 3 п. 7 мотивувальної частини свого Рішення від 26 лютого 2019 р. стверджує, що ст. 368-2 КК України суперечить частинам 1–3 ст. 62 Конституції України. Як бачимо, КСУ у своєму Рішенні, знову ж без належної аргументації, чому він так вирішив, констатує неузгодженість ст. 368-2 КК України з ч. 1 ст. 62 Конституції України в загальному вигляді, без характеристики конкретної ситуації, де мало б місце таке порушення, що є важливим при розгляді питання порушення презумпції невинуватості *sensu stricto*.

Щодо порушення ч. 2 ст. 62 Конституції України в аналізованій ситуації, то в абз. 5 п. 5 мотивувальної частини Рішення від 26 лютого 2019 р. КСУ зазначає, що через законодавче визначення незаконного збагачення як злочину за умови, якщо обвинувачений не виконує свого обов'язку збирати докази законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі, уможливується перекаладення цього обов'язку зі сторони обвинувачення (держави) на сторону захисту (підозрюваного або обвинуваченого). В такому разі порушується припис ч. 2 ст. 62 Конституції України щодо неприпустимості покладання на особу обов'язку доводити свою невинуватість у вчиненні злочину, тобто право обвинуваченої особи не доводити свою невинуватість у вчиненні злочину [2]. Наведене судження могло б вважатися аргументованим, якби не низка суперечностей.

Як слушно зауважив К. П. Задоя, навіть якщо зі ст. 368-2 КК України дійсно випливав би обов'язок обвинуваченого доводити законність набутих ним активів, складно погодитися з тим, що це становило б порушення

ч. 2 ст. 62 Конституції України, бо в останній йдеться про неприпустимість покладання на особу обов'язку доводити невинуватість у вчиненні злочину, і аж ніяк не про неприпустимість покладання на особу доводити наявність певних обставин (фактів) [6, с. 73]. Також варто згадати думку судді КСУ С. П. Головатого про те, що формулювання ст. 368-2 КК України жодним чином не давало підстав для припущення, що підозрюваний/винувачений (сторона захисту) несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування аргументів звинувачення. У ст. 368-2 КК України вбачалась рівновага між інтересом держави в сфері боротьби з корупцією та правами підозрюваного/винуваченого: на прокурора покладался обов'язок довести вини особи, яку підозрюють/винувачують у вчиненні злочину «незаконне збагачення», а особа могла спростувати це положення [2].

Наступним проблемним питанням є невідповідність ст. 368-2 КК України ч. 3 ст. 62 Конституції України. Позиція КСУ і щодо цього аспекту видається непереконливою, оскільки Суд стверджує, що формулювання «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» надавало можливість ґрунтувати обвинувачення на припущеннях, а всі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачити аж ніяк не на її користь. Вбачається, що і тут КСУ на власний розсуд, без об'єктивних на те причин, витлумачив саме в такому сенсі відповідне положення. Адже насправді кримінально-правова норма про незаконне збагачення застосовувалась вже після того, як було неможливо попередити або унеможливити вчинення особою протиправних діянь пов'язаних із набуттям певного майна. Тобто кримінально-правова заборона, присвячена незаконному збагаченню, відіграє роль кінцевої перепони, коли державі на попередніх етапах протиправної діяльності пов'язаних із вчиненням кримінальних правопорушень задля незаконного набуття майна, не вдалося визнати особу винною. Щодо цього переконливою видається аргументація судді КСУ В. П. Колісника, на його переконання «...частина третя статті 62 Конституції України містить однозначну імперативну вимогу, згідно з якою обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях. Тобто твердження щодо уможливлення «обвинувачення, що ґрунтується на припущеннях» саме по собі є припущенням лише з огляду на потенційну можливість вияву окремими представниками сторони обвинувачення недостатнього фахового рівня та теоретичної підготовки під час оцінювання доказів» [2].

Також у Рішенні від 26 лютого 2019 р. КСУ стверджує, що ст. 368-2 КК України сформульовано в такий спосіб, що «змушує особу давати свідчення щодо себе і своїх родичів» (абз. 5 п. 2). Вказана стаття кримінального закону була охарактеризована як така, що передбачала можливість притягнення особи до відповідальності, за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів. З цим складно погодитись, оскільки підсудний має право, але не зобов'язаний надавати пояснення щодо походження власних активів, про незаконність яких стверджує сторона обвинувачення. Припис КК України *per se* не передбачав будь-якого тягара доведення щодо надання доказів проти себе. Водночас у Рішенні від 26 лютого 2019 р. КСУ також не навів конкретних причин визнання ст. 368-2 КК України такою, що не відповідає ч. 1 ст. 63 Конституції України; натомість просто констатує невідповідність їй положення вказаної статті КК.

До речі, на протигагу КСУ, Конституційний Суд Республіки Молдова визнав кримінально-правову заборону, присвячену незаконному збагаченню, такою, що відповідає Конституції. Встановлено, що оспорювані положення кримінального закону не перевищують межі конституційних норм та є цілком виправдані інтересами державної безпеки і боротьби з корупцією. Стосовно ж

обов'язку доводити свою невинуватість, Конституційний Суд Республіки Молдова чітко зауважив, що такий обов'язок покладено виключно на державні органи (п. 107), це стосується і державних службовців, яким не обов'язково раціонально обґрунтувати своє майно, відповідно до ст. 330-2 Кримінального кодексу Молдови [8]. Схожу позицію зайняв і Конституційний суд Литовської Республіки, який також визнав ст. 189-1 КК цієї країни, що передбачає відповідальність за незаконне збагачення, такою, що відповідає Конституції. Обґрунтування рішення полягало, зокрема, у тому, що потрібно «...зробити економічно невинуватими злочини, пов'язані з корупцією, власністю, економікою, фінансами, інші корисливі злочини, а також запобігти таким діянням і нанесенню збитків державі та суспільству» [9].

Прийняття КСУ Рішення від 26 лютого 2019 р. призвело до закриття 65 кримінальних проваджень проти чиновників та депутатів на суму понад 0,5 млрд грн., у т. ч. тих, які вже розглядалися в суді. Рішення означало, що всі кримінальні провадження в частині, що стосується незаконного збагачення цих осіб, будуть закриті [10]. Це, без сумнівів, відштовхнуло Україну на декілька кроків назад у сфері протидії корупції. Історія, однак, мала своє продовження.

Йдеться про прийняття Закону України від 31.10.2019 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів» [3]. Цим Законом на заміну контроверсійної ст. 368-2 КК України, визнаної неконституційною, КК був доповнений статтею 368-5 «Незаконне збагачення». Але чи позбавилась вона недоліків попередньої заборони? Адже ухвалення вказаного Закону мало на меті запобігти схожим ситуаціям на майбутнє і передбачити у КК України (із використанням при цьому коректних формулювань) належну відповідальність за незаконне збагачення.

Ч. 1 ст. 368-5 КК України визначає незаконне збагачення як набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи. При цьому, відповідно до примітки зазначеної статті, під набуттям активів слід розуміти набуття їх вказаною особою у власність, а також набуття активів у власність іншою фізичною або юридичною особою, якщо доведено, що таке набуття було здійснене за дорученням вказаної особи, або що вказана особа може прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тожотні за змістом здійсненню права розпорядження ними. Очевидно, що тут акцент зроблено на слово «доведено». Враховуючи досвід визнання ст. 368-2 КК України неконституційною і дотримуючись ч. 2 ст. 62 Конституції України, законодавець наголосив на тому, що обов'язок доказування у справах такої категорії покладений на державу.

Примітка ст. 368-5 КК України налічує 5 пунктів, що досить нетипово, коли стаття має лише одну частину. Чи не виникатиме проблем при їх трактуванні та чи не призведе це до порушення принципів правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми, на чому наголошував КСУ, визнаючи ст. 368-2 КК України неконституційною?

З-поміж інших дискусійних положень варто вказати на те, що у п. 2 примітки ст. 368-5 КК України зазначається, що «під набуттям активів слід розуміти набуття їх особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність...». Увагу привертає формулювання «набуття активів у власність». Набуття зазначених активів не може бути законним (в іншому разі не буде складу кримінального правопорушення, передба-

ченого ст. 368-5 КК України). Постає запитання, як такі набуті активи особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть вважатися власністю, адже відповідно до ст. 328 Цивільного Кодексу України (ЦК) право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів. Відповідно, таке набуття відбувається всупереч вимогам ЦК, а отже, згадані особи не можуть бути власниками активів. Про цю саму проблему наголошувалось ще в період чинності ст. 368-2 КК України. З цього приводу В. І. Осадчий ставить влучне запитання: «Оскільки набуття активів у власність, згідно вимог Цивільного Кодексу України, не відбулось, то як притягувати таку особу до відповідальності за ст. 368-5 КК України?» [11, с. 139]. Отже, щонайменше, в контексті зазначеної ситуації ст. 368-5 КК України не позбавлена недоліків, притаманних її попередниці.

Як бачимо, визнання КСУ ст. 368-2 КК України неконституційною викликало багато сумнівів у належній оцінці Судом Конституції України і релевантних положень кримінального законодавства. Повертаючись до умов сьогодення, неможливо не згадати про повномасштабну війну, яка вже більше, ніж чотири місяці, вносить свої корективи у життя народу України. Комусь доводиться покидати рідну домівку з порожнім гаманцем в кишені, а комусь не вистачає валізи для розміщення готівки. Так, за результатами моніторингу НАЗК, під час дії воєнного стану було виявлено факти переміщення через державний кордон майже 5 мільйонів доларів США і 100 тисяч євро публічними службовцями та членами їх сімей, які не мали законних джерел одержання зазначених активів. Відповідні матеріали було передано до правоохоронних органів. Після вивчення матеріалів і моніторингу способу життя органи досудового розслідування розпочали три кримінальні провадження за ст. 368-5 КК України [12].

Зважаючи на складну економічну ситуацію, викликану війною, у Верховній Раді України 04.05.2022 р. було зареєстровано законопроект № 7348 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за корупційні діяння під час дії воєнного стану» [13]. У пояснювальній записці до законопроекту формулюється його мета: «...Єдиний варіант не допустити «розпилу» міжнародної допомоги під час війни та після перемоги – це завдати превентивного удару, прирівнявши корупцію під час війни до співпраці з ворогом». Автори законопроекту пропонують значно посилити санкції за незаконне збагачення у період дії воєнного стану та протягом одного року після його припинення чи скасування, а саме передбачити покарання за незаконне збагачення у вигляді позбавлення волі на строк до 15 років або довічним позбавленням волі, з конфіскацією майна та з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Окрім цього, проектом пропонується зміна до КК України, якою передбачається ст. 111 «Державна зрада» доповнити частиною 3, в якій до державної зради у період дії воєнного стану та протягом одного року після його припинення чи скасування відноситиметься незаконне збагачення – набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на 6500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи.

Дійсно, унеможливлення незаконного збагачення осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, під час воєнного стану є дуже важливим для країни в цілому, але прирівняти незаконне збагачення до державної зради через його вчинення під час дії воєнного стану та у повоєнний період видається сумнівною ідеєю. З погляду ж нормотворчої техніки це неприпустимо, бо ці кримінальні правопорушення зовсім різні за своїми елементами складу та метою.

Згідно зі статистичними даними, а саме звітами про кримінальні правопорушення Офісу Генерального прокурора України за період з січня 2020 по червень 2022 року [14], лише одній особі повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України. Низький рівень зареєстрованих кримінальних правопорушень, відображений в статистичних даних, не в останню чергу є результатом жвавих публічних дискусій щодо законодавчого регулювання відповідальності за незаконне збагачення, неоднозначного Рішення КСУ від 26 лютого 2019 р., відсутності належних теоретично-практичних рекомендацій щодо кримінально-правової оцінки незаконного збагачення. До того ж згаданий досвід органів конституційної юрисдикції в Литві та Молдові демонструє, що напрям кримінально-правового розуміння, продемонстрований КСУ у Рішенні від 26 лютого 2019 р. не є єдино правильним.

Висновки. Наведене у проаналізованому Рішенні КСУ обґрунтування не є безпроблемним і переконливим. Наявна в ньому низка суперечливих положень може спричинити негативні наслідки у майбутніх рішеннях КСУ у разі оспорування конституційності вже нової ст. 368-5 КК України «Незаконне збагачення». Крім цього, встановлено, що теперішня законодавча регламентація кримінальної відповідальності за незаконне збагачення не позбавлена окремих недоліків. Усунення останніх можливе тільки завдяки фаховому розв'язанню відповідних кримінально-правових проблем – за умови сумлінного опрацювання актуальних здобутків правничої науки, тенденцій і напрацювань судової практики. Отже, ст. 368-5 КК України потребує додаткових досліджень задля виявлення та усунення наявних у ній недоліків, що і буде визначати вектор моїх подальших наукових розвідок.

ЛІТЕРАТУРА

1. Киричко В. М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення» *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 142–151.
2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року у справі № 1-135/2018 (5846/17). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text> (дата звернення: 15.07.2022).
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів : Закон України № 263-IX від 31.10.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/263-20#Text> (дата звернення: 15.07.2022).
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон від 07.04.2011 № 3207-VI // *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2011, № 41, ст. 414.
5. Верховенство права : доповідь № 512/2009, Страсбург, 4 квітня 2011 р. Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD(2011)003rev-ukr) (дата звернення: 15.07.2022).
6. Задоя К. П. Визнання Конституційним судом України неконституційною статті 368-2 Кримінального кодексу України: проблеми обґрунтованості рішення. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2021 № 54 том 2. С. 70–74.
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. *Офіц. вісн. України*, 1998. № 13, 2006. № 32. С. 270.
8. Рішення Конституційного Суду Республіки Молдова. URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=358414&lang=2> (дата звернення: 15.07.2022).
9. Рішення Литовського Конституційного Суду. URL: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/l70/ta1688/summary> (дата звернення: 15.07.2022).
10. Скасування статті про незаконне збагачення – крок назад в антикорупційній реформі України. URL: nabu.gov.ua/novyny/skasuvannya-statii-pro-nezakonne-zbagachennya-krok-nazad-v-antikorupcijnij-reformi-ukrayiny (дата звернення: 15.07.2022).
11. Осадчий В. І. Незаконне збагачення (ст. 368-5 КК України): короткий огляд / В. І. Осадчий // *Dictum factum*. – 2020. – № 1. – С. 133–140. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/dicf_2020_1_21
12. НАЗК виявило факти вивезення через кордон публічними службовцями незаконно отриманої готівки на суму майже 5 млн дол. URL: [https://nazk.gov.ua/uk/novyny/nazk-vyavylo-fakty-vyvezennya-черезkordon-publichnymy-službovcyamy-nezakonno-otrymanoyi-gotivky-na-sumu-majzhe-5 mln-dol/](https://nazk.gov.ua/uk/novyny/nazk-vyavylo-fakty-vyvezennya-cherезkordon-publichnymy-službovcyamy-nezakonno-otrymanoyi-gotivky-na-sumu-majzhe-5 mln-dol/) (дата звернення: 15.07.2022).
13. Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за корупційні дії під час дій воєнного стану № 7348 від 04.05.2022. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39559> (дата звернення: 15.07.2022).
14. Звітність «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення», форма № 1, затверджена наказом Генерального прокурора від 30 червня 2020 року № 299. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2> (дата звернення: 15.07.2022).