

**ПРОБЛЕМИ ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ СТАТТІ 368–2  
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ****PROBLEMS OF DECRIMINALIZATION ARTICLE 368–2  
OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE**

**Коробка О.С., старший викладач кафедри правосуддя  
Сумський національний аграрний університет**

Стаття присвячена висвітленню проблеми декриміналізації статті 368–2 Кримінального кодексу України. Рішення Конституційного Суду України зумовлює потребу подивитися на ситуацію, яка виникла довкола кримінальної відповідальності за незаконне збагачення по-новому. Незрозумілою є позиція Суду, де зазначається, що криміналізація незаконного збагачення є важливим юридичним засобом реалізації державної політики у сфері боротьби з корупцією, ухвалюється рішення, за яким стаття 368–2 Кримінального кодексу України визнана неконституційною і втрачає чинність із дня його ухвалення. Видається, що Суд сам собі суперечить, а зроблені ним висновки є неглибокими та нелогічними, що змушують державу зробити крок назад у боротьбі з корупцією. Пропонується виправити ситуацію, що склалася, ухваленням змін до Кримінального кодексу України з урахуванням зауважень, викладених у рішенні Конституційного Суду України.

**Ключові слова:** незаконне збагачення, декриміналізація ст. 368–2 КК України, рішення Конституційного Суду України, корупція, кримінальна відповідальність.

Статья посвящена проблеме декриминализации статьи 368–2 Уголовного кодекса Украины. Решение Конституционного Суда Украины обуславливает необходимость посмотреть на ситуацию, сложившуюся вокруг уголовной ответственности за незаконное обогащение, по-новому. Непонятна позиция Суда, где отмечается, что криминализация незаконного обогащения является важным юридическим средством реализации государственной политики в сфере борьбы с коррупцией, принимается решение, согласно которому статья 368–2 Уголовного кодекса Украины признана неконституционной и утрачивает силу со дня его принятия. Представляется, что Суд сам себе противоречит, а сделанные им выводы являются неглубокими и нелогичными, заставляющими государство сделать шаг назад в борьбе с коррупцией. Предлагается исправить сложившуюся ситуацию принятием изменений к Уголовному кодексу Украины с учетом замечаний, изложенных в решении Конституционного Суда Украины.

**Ключевые слова:** незаконное обогащение, декриминализация ст. 368–2 УК Украины, решение Конституционного Суда Украины, коррупция, уголовная ответственность.

The article is devoted to the problem of decriminalization of article 368–2 of the Criminal Code of Ukraine. The decision of the Constitutional Court of Ukraine predetermines the need to look at the situation that arose around the criminal responsibility for illegal enrichment in a new way. In Europe there is almost no practice of applying article 20 of the UN Convention against Corruption, the obstacle to this is the peculiarities of the continental legal system, as opposed to the mixed system of Latin American countries, which became the initiators of the adoption of this article. The European Judiciary recognizes the limitations of the rights of individuals in the interests of society and the state as permissible, the provisions of national criminal laws on illegal enrichment as part of the fight against corruption – legal and constitutional. When it comes to public persons, the legitimate restriction of their rights is permissible because of their publicity, serving the interests of the state. When occupying an appropriate position, a public figure must understand the social significance of his behavior both in public and in private life. In fulfilling their duties, accordingly, be ready to confirm the legality of sources of acquisition of property, cash, etc. The position of the court, which states that the criminalization of illegal enrichment is an important legal means of implementing the state policy in the field of combating corruption in Ukraine, and a decision is made according to which article 368–2 of the Criminal Code of Ukraine is considered unconstitutional and is invalid from the day of its adoption. It appears that the court itself contradicts itself, and the conclusions made by it are negligible and illogical, which compel the state to take a step back in the fight against corruption. It is proposed to correct the situation, which was formed by the adoption of amendments to the Criminal Code of Ukraine, taking into account the comments set forth in the decision of the Constitutional Court of Ukraine.

**Key words:** illegal enrichment, decriminalization of art. 368–2 of Criminal Code of Ukraine, Decision of Constitutional Court of Ukraine, corruption, criminal liability.

Корупція стала невід'ємною частиною життя кожного українця. Її подолання є наріжним каменем, що дозволить Україні вийти на якісно новий етап розвитку. Це питання, на жаль, стало предметом спекуляцій вітчизняного політикуму. Остання подія, яка сколихнула не лише громадськість, але й міжнародні інституції та іноземні держави, – це рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 р. у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368–2 Кримінального кодексу (далі – КК) України, за яким вона визнана неконституційною. Дана позиція більшістю була піддана активній критиці. Тому важливо дати об'єктивну оцінку ситуації, що склалася в царині кримінального права стосовно правових наслідків рішення Конституційного Суду України щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Питання незаконного збагачення досліджували П.П. Андрушко, Л.П. Брич, І.Ю. Зейкан, В.П. Коваленко, М.Д. Лисов, О.О. Книженко, М.І. Мельник, П.П. Михайленко, В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк та інші. Рішення Конституційного суду України спонукає науковців подиви-

тися на ситуацію, яка виникла довкола декриміналізації ст. 368–2 КК України, по-новому. Тепер постає потреба досліджувати не лише питання вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, але і доцільність декриміналізації відповідної статті.

Імплементация державами-учасницями ст. 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) проти корупції (далі – Конвенції), яка і на час ухвалення була досить дискусійною, і зараз спричиняє суперечки під час упровадженні до національних законодавств.

Так, Сполучені Штати Америки (далі – США) (входять до двадцятки лідерів у боротьбі з корупцією), ратифікувавши Конвенцію, не визнали незаконне збагачення самостійним злочином. Натомість незаконне збагачення використовується як інструмент кримінального чи цивільного переслідування за неподання фінансової звітності разом з обвинуваченням в ухиленні від сплати податків, тобто є інструментом розслідування корупції у США.

У Європі ставлення країн-учасниць до впровадження ст. 20 Конвенції неоднозначне. Так, Швеція, Норвегія, Італія, Фінляндія, Нідерланди не імплементували її до національних законодавств. Пояснюється це здебільшого загро-

зою порушення принципу невинуватості або достатністю наявних у їхніх правових системах механізмів забезпечення притягнення до кримінальної відповідальності фізичних та юридичних осіб за незаконне збагачення [1]. Варто зазначити, що в даних країнах, справді, низькі показники корупції.

Варто зазначити, що на теренах Європи майже відсутня практика застосування ст. 20 Конвенції, перешкодою до цього є особливості правової системи (на відміну від змішаної системи країн Латинської Америки, які і стали ініціаторами цієї статті) у частині дотримання принципу невинуватості, заборони примушування давати свідчення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, покладення тягаря доказування на обвинуваченого тощо.

Практика європейських конституційних судів країн, де ця норма імплементована до кримінального закону, неоднозначна. Так, Португальський Конституційний Суд (постанова від 4 квітня 2012 р. у справі № 179/12; постанова від 27 липня 2015 р. у справі № 377/15) визнав положення кримінального законодавства щодо незаконного збагачення неконституційним, посилаючись на порушення принципу презумпції невинуватості та невідповідність принципу правової ясності [2], його положення багато в чому збігаються з рішенням вітчизняного конституційного правосуддя.

Натомість Конституційний Суд Республіки Молдова вважає, що ст. 330–2 КК Республіки Молдова, яка передбачає відповідальність за незаконне збагачення, не суперечить Конституції Республіки Молдова (рішення від 16 квітня 2015 р. № 60а / 2014). Аргументом Суду є те, що за Конституцією держава має повноваження вирішувати, чи повинні певні відносини регулюватися нормами кримінального закону; презумпція законності придбання власності є однією з форм презумпції невинуватості, але це не перешкода розслідувати незаконність придбаного майна; ці презумпції не порушені оскаржуваним правовим регулюванням, оскільки обов'язок доводити незаконне збагачення покладається на органи державної влади [2].

Конституційний Суд Литовської республіки в постанові від 15 березня 2017 р. КТ4-N3/2017 визнав кримінальну відповідальність за незаконне збагачення такою, що відповідає Конституції. Зважаючи на доводи заявників (положення п. 1 ст. 189–1 КК Литовської Республіки передбачає неспівставну, недоцільну та неефективну міру юридичної відповідальності, яка накладає неспівмірне обмеження права власності осіб, порушує принцип презумпції невинуватості та заборону на примус свідчити проти себе), Суд постановив, що держава визнала незаконне збагачення небезпечним злочинним діянням, що загрожує інтересам держави та суспільства, та прагне зробити економічно не вигідним учинення злочинів, пов'язаних із корупцією, майном, економікою, фінансами, а також іншими злочинами, і запобігти таким діям і збиткам, що завдаються державі та суспільству. Суд визнав за державою право реалізовувати свої широкі повноваження щодо вибору норм конкретної галузі права для визначення певних порушень закону і введення конкретних санкцій за ці порушення та підтвердив законність і співмірність установлених у кримінальному законі обмежень [3]. Важливістю новітніх рішень конституційних судів європейських держав є встановлення та гарантування кримінальної відповідальності за незаконне збагачення як небезпечне злочинне діяння, яке загрожує інтересам держави та суспільства.

Практика Європейського суду з прав людини (рішення у справі «Салабіаку проти Франції») також доводить, що коли йдеться про важливі суспільні інтереси, а право особи на захист забезпечене, кримінальне право допускає розумне та пропорційне припущення щодо певного факту чи права, відповідно допускається обмеження принципу презумпції невинуватості [4].

У резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про право на недоторканність приватного життя» № 1165 від 1998 р. публічні фігури визначаються як особи, які обіймають державні посади та / або користуються державними ресурсами, а також усі ті, хто відіграє певну роль у суспільному житті [5]. У рішенні Європейського суду з прав людини (справа «Фон Ганновер проти Німеччини» від 26 червня 2004 р.) також зазначається важливість дотримання балансу інтересів під час оцінювання нормативних положень та з'ясування, чи порушені права людини [6].

Отже, варто констатувати, що європейська юридична спільнота визнає обмеження прав особи в інтересах суспільства та держави допустимими, положення національних кримінальних законодавств щодо незаконного збагачення в частині боротьби з корупцією – законними та конституційними. Коли йдеться про публічних осіб, допускається правомірне обмеження їхніх прав через їхню публічність, служіння інтересам держави. Публічна особа, коли обіймає відповідну посаду, повинна розуміти суспільну значущість своєї поведінки як в публічному, так і у приватному житті. Виконуючи свої обов'язки, вона має бути готовою підтвердити законність джерел набутого майна, грошових коштів тощо.

У результаті аналізу рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 р. незрозумілою видається позиція Суду, де зазначається, що протидія корупції в Україні є завданням виняткового суспільного та державного значення, а криміналізація незаконного збагачення – важливим юридичним засобом реалізації державної політики в цій сфері, водночас ухвалюється рішення, за яким ст. 368–2 КК України (набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а також передача нею таких активів будь-якій іншій особі), визнана неконституційною і втрачає чинність із дня ухвалення цього рішення [7]. Видається, що суд сам собі суперечить, а зроблені ним висновки неглибокі та нелогічні.

Як аргумент своє рішення Суд наводить конституційні положення, які порушуються у ст. 368–2 КК України: 1) принцип презумпції невинуватості (покласти на особу обов'язок підтверджувати доказами законність підстав набуття нею у власність активів, тобто доводити свою невинуватість); 2) юридична визначеність як складова частина принципу верховенства права (у ст. 368–2 КК України не дотримані вимоги ясності і недвозначності норм); 3) неприпустимість притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів.

Якщо брати до уваги класичні положення кримінального права (будову елементів складу злочину) романо-германської правової системи, які відрізняються від англо-саксонської (основи якої закладено у ст. 20 Конвенції), то, безумовно, для вітчизняного правопорядку важливо не просто імплемувати кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, а й додатково гармонізувати її норми з положеннями кримінального права.

З моменту ухвалення ст. 368–2 КК України і до моменту винесення рішення Конституційним Судом України в літературі висловлювалися зауваження щодо її доцільності та редакції [8]. О.О. Книженко зазначає, що, виходячи з диспозицій норми, що аналізується, законодавець фактично поклав обов'язок доводити законність підстав набуття у власність активів у значному розмірі на суб'єкта злочину. Верховна Рада України, змінюючи редакцію ст. 368–2 КК України, не дослухалася і до висновку Головного науково-експертного управління від 29 січня 2015 р., де вказується, що така редакція закону про кримінальну відповідальність порушує гарантовану ст. 62 Конституції України презумпцію невинуватості особи. Автор зазначає, що буквально тлумачення запропонованої норми КК України свідчить

сама про те, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, повинна буде доказувати факт законності набуття активів у «значному розмірі» для того, щоб її не звинуватили в незаконному збагаченні [8, с. 113].

У результаті аналізу ст. 368–2 КК України зазначимо, що логічними видаються зауваження: щодо часу застосування даної норми, періоду, протягом якого фіксується значне збільшення активів (під час виконання функцій держави або місцевого самоврядування, після припинення їх виконання, питання зворотної дії у часі); щодо діяння як об'єкта злочину (диспозиція стосується лише наслідків діяння особи), що викликає перестороги щодо можливості притягнення до відповідальності за одне діяння двічі; прямого умислу, щодо якого чітко не прописано, повинен він бути щодо наслідків чи діяння; доведення законності набуття активів створює хибне уявлення щодо порушення принципу презумпції невинуватості та заборони примусу свідчити проти себе, членів сім'ї чи близьких родичів; щодо виду покарання, оскільки конфіскація можлива лише за тяжкі й особливо тяжкі злочини тощо. Здебільшого дані положення і були викладені в рішенні Конституційного Суду України. Проте Суд не взяв до уваги той факт, що ст. 20 Конвенції від початку була дискусійною та містила визначені ризики, які повинні долатися кримінальним законодавством держав-учасниць, про що і зроблено застереження в самій Конвенції.

Згідно зі звітом за II півріччя Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ), кожне третє кримінальне провадження за фактом можливого незаконного збагачення чи декларування недостовірної інформації стосувалося народних депутатів, проте процес щодо цих осіб блокується через політичні мотиви [9, с. 32–34]. У провадженні НАБУ приблизно 100 справ, жодне провадження не завершилося вироком суду. Зазначене свідчить про неефективність як положень самої статті, так і механізмів її упровадження. Недосконалість ст. 368–2 КК України та потреба її удосконалення існували з моменту ухвалення. Чому за таких обставин Верховна Рада України бездіяла до 26 лютого 2019 р. – питання для України риторичне.

Декриміналізувавши ст. 368–2 КК України, наша держава постала перед вирішенням складного питання: визнавши неконституційною чинну редакцію норми права, Конституційний Суд України не зазначив, що вона взагалі зникає із вітчизняного правового простору. Час на внесення змін до КК та Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення нічим не регламентується, тому може затягнутися на роки. Виходить, що в цей період можна порушувати приписи Конвенції, оскільки кримінальної відповідальності не передбачено.

Держава перебуває в умовах, за яких дії Конституційного Суду України спричинили: осуд міжнародного співтовариства, що негативно впливає на її міжнародний імідж; загрозу недотримання взятих Україною на себе міжнародних зобов'язань із боротьби з корупцією; необхідність закрити кримінальні провадження за ст. 368–2 КК України, а фігуранти цих справ назавжди уникнуть покарання тощо. Які варіанти вирішення цієї проблеми є сьогодні? Нині розглядаються декілька: ухвалити додаткове рішення Конституційним Судом України, яким запропонувати застосовувати попередню редакцію статті; запропонувати до Верховної Ради України законопроект з унесення змін до КК України щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Щодо першого існують великі сумніви, оскільки законодавство не передбачає винесення додаткових рішень Конституційним Судом України. Другий варіант активно втілюється в життя. У Верховній Раді України зареєстровано дванадцять законопроектів, останній з яких зареєстровано 15 березня 2019 р. [10].

Декриміналізація ст. 368–2 КК України не може сприяти боротьбі з корупцією, тому ми не можемо говорити про вдосконалення чи розвиток кримінальних правовідносин. Рішення Конституційного Суду України змусило державу зробити крок назад у питанні встановлення кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення, серед яких незаконне збагачення. Подолати цю кризу сьогодні можна завдяки Верховній Раді України, якій потрібно невідкладно розглянути запропоновані законопроекти, урахувавши зауваження, викладені в рішенні Конституційного Суду України.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Окрема думка судді Конституційного Суду України Городовенка В.В. стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 368–2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ne01d710-19> (дата звернення: 19.05.2019).
2. О контроле конституционности некоторых положений Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса (расширенная конфискация и незаконное обогащение) : постановление Конституционного Суда Республики Молдова от 16 апреля 2015 г. № 6 (обращение № 60а/2014). URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=358414&lang=2> (дата обращения: 18.05.2019).
3. Об уголовной ответственности за незаконное обогащение : постановление Конституционного Суда Литовской Республики от 15 марта 2017 г. URL: [http://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2018/02/2017-03-15\\_kt4-n3\\_ruling.pdf](http://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2018/02/2017-03-15_kt4-n3_ruling.pdf) (дата обращения: 20.05.2019).
4. Салабиак против Франции (Salabiaku v. France): постановление Европейского суда по правам человека от 7 октября 1988 г. (жалоба № 10519/83). URL: <http://european-court.eu/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/salabiaku-protiv-francii-salabiaku-v-france-postanovlenie-evropejskogo-suda/> (дата обращения: 15.05.2019).
5. Публічні люди: де закінчується «суспільний інтерес» і починається приватність. URL: <http://hr-activists.net/blog/publ-chn-lyudi-de-zak-nchu-tsya-susp-linii-nteres-pochina-tsya-privatn-st> (дата звернення: 16.05.2019).
6. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Фон Ганновер проти Німеччини» від 24 червня 2004 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_324](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_324) (дата звернення: 20.05.2019).
7. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 368–2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 р. № 1-р/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19> (дата звернення: 20.05.2019).
8. Книженко О.О. Проблемні аспекти кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2015. № 2 (10). С. 112–119.
9. Звіт Національного антикорупційного бюро України за II півріччя 2018 р. URL: <https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit.pdf> (дата звернення: 20.05.2019).
10. Результати пошуку законопроектів, зареєстрованих Верховною Радою України. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2\\_5\\_1\\_J?ses=10009&num\\_s=2&num=10110&date1=&date2=&name\\_zp=&out\\_type=&id=](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2_5_1_J?ses=10009&num_s=2&num=10110&date1=&date2=&name_zp=&out_type=&id=) (дата звернення: 25.05.2019).