

*Задоля К. П.,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ВИЗНАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ НЕКОНСТИТУЦІЙНОЮ СТАТТІ 368-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ОБҐРУНТОВАНOSTІ РІШЕННЯ

Анотація. Упродовж 2019–2021 рр. Конституційний Суд України ухвалив низку резонансних рішень щодо визнання неконституційними положень Кримінального кодексу України. Першим із них стало Рішення № 1-р/2019 щодо визнання неконституційною ст. 368-2 Кримінального кодексу України. Це положення криміналізувало незаконне збагачення. Заборона незаконного збагачення з'явилася у кримінальному законодавстві України в 2011 р. Це стало наслідком імплементації ст. 20 Конвенції ООН проти корупції від 2003 р. Упродовж нетривалого періоду свого існування ст. 368-2 КК неодноразово змінювалася. Остання редакція цього положення забороняла 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 передачу нею таких активів будь-якій іншій особі. Саме це положення й було предметом оцінки з боку Конституційного Суду України.

Конституційний Суд України визнав ст. 368-2 Кримінального кодексу України неконституційною. У Рішенні № 1-р/2019 наведено три аргументи на користь такого висновку: 1) заборона незаконного збагачення не відповідає принципу правової визначеності; 2) заборона незаконного збагачення не відповідає принципу презумпції невинуватості; 3) заборона незаконного збагачення не відповідає привілею від самовикриття.

На жаль, жоден із цих аргументів не виглядає переконливим. Конституційний Суд задекларував, що заборона незаконного збагачення суперечить принципу правової визначеності, однак навіть не спробував переконатися, що не існує жодного варіанту тлумачення цього положення, який би можна було вважати визначеним. Конституційний Суд зазначив, що положення про незаконне збагачення не відповідає принципу презумпції невинуватості, оскільки покладає на особу обов'язок доказування законності походження її активів. Однак ніщо в тексті ст. 368-2 Кримінального кодексу України не вказувало на такий обов'язок. Зрештою, Конституційний Суд жодним чином не обґрунтував невідповідність ст. 368-2 Кримінального кодексу України привілею від самовикриття. Усе це робить Рішення № 1-р/2019 украй поганим прикладом перевірки конституційності норм кримінального права.

Ключові слова: незаконне збагачення, Конституційний Суд України, юридична визначеність, презумпція невинуватості, неконституційність.

Постановка проблеми. Упродовж 2019–2021 рр. Конституційний Суд України (далі – КСУ) ухвалив низку резонансних рішень щодо визнання неконституційними положень Кримі-

нального кодексу України (далі – КК). Першим із них стало Рішення у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 368-2 Кримінального кодексу України від 26.02.2019 № 1-р/2019 (далі – Рішення № 1-р/2019). Цим Рішенням КСУ визнав неконституційною ст. 368-2 КК, яка передбачала кримінально-правову заборону незаконного збагачення. Рішення № 1-р/2019 може розглядатися в декількох аспектах. Наприклад, із погляду правових наслідків Рішення чи з погляду відповідності висловленим у ньому позицій ст. 368-5 КК, яка відновила кримінально-правову заборону незаконного збагачення, щоправда, у дещо іншому вигляді, ніж це передбачала ст. 368-2 Кодексу.

Мета статті. Предметом цієї публікації буде аргументація, наведена КСУ в Рішенні № 1-р/2019 на користь висновку про неконституційність ст. 368-2 КК. Висловлені КСУ аргументи будуть розглянуті як конкретно, тобто у світлі обставин справи № 1-135/2018(5846/17), так і в більш загальній перспективі впливу Конституції України на кримінальне право України та засад нормоконтрольної діяльності КСУ щодо перевірки кримінального законодавства на конституційність. Актуальність розгляду Рішення № 1-р/2019 саме під таким кутом зору зумовлена тим, що, з одного боку, шестеро суддів КСУ висловили стосовно цього Рішення окремі думки, давши критичну оцінку аргументації, яку було покладено в його основу. Однак, з іншого боку, у доктрині кримінального права Рішення № 1-р/2019 одержало однозначно чи переважно схвальні оцінки з боку представників кримінально-правової доктрини [1–3].

Виклад основного матеріалу. Появу в Особливій частині КК ст. 368-2 небезпідставно розглядають як один із кроків на шляху до імплементації положень Конвенції ООН проти корупції від 2003 р., ст. 20 якої передбачає, що «за умов дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість ужиття 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 й які вона не може раціонально обґрунтувати». За період своєї чинності ст. 368-2 КК неодноразово зазнавала змін. З-поміж редакцій ст. 368-2 КК ключовими для розуміння природи незаконного збагачення як забороненого типу поведінки є три: 1) редакція Закону України (далі – ЗУ) № 3207-VI від 07.04.2011 (первинна редакція); 2) редакція ЗУ № 1698-VII від 14.10.2014; 3) редакція ЗУ № 198-VIII від 12.02.2015.

Порівняння цих трьох редакцій ст. 368-2 КК дає підстави для висновку про те, що під назвою «незаконне збагачення» парламент у різний період мав на увазі три різні типи поведінки:

1) на першому етапі визнавалося забороненим незаконне у звичайному сенсі цього слова набуття майна, тобто його *набуття на порушення певної правової норми*, за відсутності ознак хабарництва;

2) на другому етапі заборонялося набуття у власність майна, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел. Тобто у даному разі незаконність збагачення особи пов'язувалася не з фактом порушення яких-небудь правових норм під час набуття майна, а *лише з фактом перевищення у відповідну кількість разів (див. п. 2 примітки ст. 368-2 КК у редакції ЗУ № 1698-VII від 14.10.2014) доходів особи, отриманих із законних джерел*;

3) на третьому етапі (який розпочався з 04.05.2015) ч. 1 ст. 368-2 КК визнавала кримінально забороненим 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 передачу нею таких активів будь-якій іншій особі. Тобто заборонялися дві окремі форми незаконного збагачення: 1) набуття активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами; 2) передача активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, набуття у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача таких активів будь-якій іншій особі. Таким чином, незаконність збагачення особи пов'язувалася не з тим, що вона об'єктивно протиправно набула майна та навіть не з об'єктивною неспівмірністю її доходів або витрат, а з відсутністю на момент постановлення у справі остаточного судового рішення доказів, які б підтверджували законність набуття відповідних активів. Неспівмірність доходів та витрат особи, таким чином, перетворилася (порівняно з редакцією ЗУ № 1698-VII від 14.10.2014) із самостійного критерію забороненості поведінки на один із можливих (хоча, напевне, і найважливіший) фактичних показників відсутності доказів законності набуття відповідних активів.

В абз. 3 п. 7 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 КСУ підсумував результати конституційної перевірки ст. 368-2 КК, чітко виділивши три аспекти неконституційності цього положення кримінального закону:

1) невідповідність вимозі юридичної визначеності як складовій частині конституційного принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України);

2) невідповідність принципу презумпції невинуватості (ч. 1–3 ст. 62 Конституції України);

3) невідповідність праву особи не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (ч. 1 ст. 63 Конституції України).

Розглянемо предметно кожен із задекларованих КСУ аспектів неконституційності ст. 368-2 КК.

Невідповідність вимозі юридичної визначеності. У п. 3 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 КСУ підтвердив висловлену ним раніше позицію про те, що юридична визначеність є однією зі складових частин принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України), а також послався на низку позицій Європейського суду з прав людини (далі –

ЄСПЛ), згідно з якими вимога визначеності закону є вимогою до його якості. Згідно із цією вимогою, закон повинен бути «достатньо доступним», «чітко сформульованим» і «передбачуваним у застосуванні», щоб виключати свавілля з боку держави.

Висновки КСУ щодо невідповідності ст. 368-2 КК вимозі юридичної визначеності викладено в п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019. Однак з огляду на вибраний КСУ стиль викладу тексту Рішення в загальному масиві п. 5 мотивувальної частини не просто визначити фрагменти, у яких ідеться про несумісність ст. 368-2 КК із гарантією юридичної визначеності. Проблема полягає у тому, що у цьому ж самому пункті мотивувальної частини КСУ прямо констатував невідповідність указанного законодавчого положення ч. ч. 2 та 3 ст. 62 Конституції України, які закріплюють складники презумпції невинуватості (абз. 5 та 10 п. 5), а в останньому його абзаці (абз. 11 п. 5), вживши узагальнюючі формулювання «з огляду на наведене» (очевидно, у п. 5 мотивувальної частини), констатував неконституційність ст. 368-2 КК з огляду на вимогу юридичної визначеності. З буквального прочитання абз. 11 п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 випливає, що, на думку КСУ, ст. 368-2 КК суперечить вимозі юридичної визначеності, оскільки вона суперечить гарантіям, що утворюють презумпцію невинуватості. Однак ч. ч. 2 та 3 ст. 62 Основного Закону явно адресують державі такі вимоги, які перебувають у геть іншій площині, ніж вимога юридичної визначеності закону. Та й у згаданому вище абз. 3 п. 7 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 КСУ веде мову про невідповідність ст. 368-2 КК презумпції невинуватості та вимозі юридичної визначеності як про дві окремі вади. Таким чином, не все сказане КСУ в п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 слід сприймати як аргументацію висновку про неконституційність ст. 368-2 КК в аспекті гарантії юридичної визначеності.

У підсумку видається, що КСУ визнав ст. 368-2 КК несумісною зі згаданою вище гарантією, оскільки:

а) положення ст. 368-2 КК не передбачали «такої обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого цією статтею, як набуття активів у власність у злочинний спосіб», а «відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі ще не означає, що їх набуття є суспільно небезпечним діянням» (абз. 6 п. 5);

б) формулювання «не підтверджено доказами» в ч. 1 ст. 368-2 КК є «процесуальним приписом». Як наслідок, у ст. 368-2 КК поєднуються матеріальні та процесуальні «приписи», що є неприйнятним та неприпустимим з огляду на те, що регламентація процесу доказування в кримінальному провадженні належить виключно до сфери кримінального процесуального законодавства» (абз. 7 п. 5)

На жаль, така аргументація не видається переконливою. Перший із закидів КСУ фактично побудований не на оцінці того, що передбачали положення ст. 368-2 КК, а на оцінці того, що вони не передбачали. Критикуючи ст. 368-2 КК 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», КСУ вдається до підміни понять, оскільки не наводить конкретних доводів на користь невизначеності ст. 368-2 КК, а лише протиставляє її формулюванню, яке в уявленні КСУ було б визначеним і тому конституційним. Так само перебуває поза площиною

вимоги юридичної визначеності й теза КСУ про те, що «відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття особою у власність активів ... не означає, що їх набуття є суспільно небезпечним діянням». Хоча вимога юридичної визначеності є вимогою до якості закону, у т. ч. кримінального, ця якість, однак, має формальний (комунікативний) характер: юридична визначеність закону має місце тоді, коли законодавче веління зрозуміле його адресатам. При цьому вимога юридичної визначеності не стосується, так би мовити, субстантивної (внутрішньої) якості закону, його обґрунтованості з огляду на той чи інший критерій. Поставивши під сумнів те, що положення ст. 368-2 КК криміналізували суспільно небезпечне діяння, КСУ приховано змістив акцент із формальної (комунікативної) якості цих положень на їхню субстантивну (внутрішню) якість.

Так само малопереконливим виглядає й другий аргумент КСУ на користь невідповідності ст. 368-2 КК вимозі юридичної визначеності. Категорично стверджуючи про «неприпустимість» та «неприйнятність» поєднання «матеріальних та процесуальних приписів», КСУ, на жаль, не пояснює, чому таке поєднання не узгоджується з вимогою юридичної визначеності. Як уже зазначалося вище, вимога юридичної визначеності закону є вимогою формального (комунікативного) характеру. Невже від того, чи переплетені норми матеріального та процесуального характеру в одному законодавчому положенні, чи вони передбачені в окремих положеннях, впливає, що в другому випадку вони є визначеними та зрозумілими для адресата, а в першому випадку – ні?! Та й узагалі не можна погодитися з тезою КСУ про те, що за формулюванням ч. 1 ст. 368-2 КК «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» криється «процесуальний припис». Складається враження, що, роблячи висновок про поєднання «матеріальних та процесуальних приписів» у положеннях ст. 368-2 КК, КСУ відштовхується від ідеалістичних уявлень української та й загалом пострадянської доктрини кримінального права про те, що диспозиція статті (частини статті) Особливої частини КК може містити лише склад кримінального правопорушення (точніше «ядро» його найбільш специфічних ознак), а оскільки формулювання «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не надто узгоджується з усталеними в українській доктрині про будову складу кримінального правопорушення, напрошується висновок, що це формулювання є «процесуальною аномалією» на «тілі» КК. Можна погодитися з тим, що згадане формулювання не характеризує заборонену поведінку, однак це аж ніяк не свідчить про його «процесуальний» характер.

Корінь проблеми криється в хибності тези про те, що диспозиція статті (частини статті) Особливої частини КК не може передбачати нічого, крім ознак складу кримінального правопорушення, хоча ще сімдесят років тому радянська доктрина не була у цьому питанні такою категоричною. Наприклад, А.Н. Трайнін зазначав, що положення Особливої частини КК може містити, крім ознак складу кримінального правопорушення, ще й так звані умови караності: «До елементів складу, нарешті, не можуть бути також віднесені містяться іноді в диспозиції умови караності. Так, ст. 131 КК РРФСР карає невиконання зобов'язань за договором, укладеним із державним і громадським закладом або підприємством, якщо під час розгляду справи в порядку цивільного судочинства виявлений зловмисний характер невиконання. Таке ж значення умови кримінальної відповідальності за сприяння або намовляння до

самогубства неповнолітнього або особи, що завідомо не здатна розуміти властивості або значення нею скоєного чи керувати своїми вчинками, «якщо самогубство або замах на нього сталися» (ч. 2 ст. 141 КК РРФСР)» [4, с. 35]. Уявлення про умови караності як об'єктивні обставини, що зумовлюють відповідальність особи за певне діяння як за кримінальне правопорушення, однак при цьому не охоплюються суб'єктивним ставленням особи до своєї поведінки, були успадковані радянською юриспруденцією від дореволюційної російської доктрини кримінального права, а та, своєю чергою, запозичила їх із німецької доктрини. Наприклад, німецький криміналіст Ф. Ліст у своєму класичному підручнику називав умовами караності «зовнішні обставини, які не мають нічого спільного із самою дією та її складовими частинами і повинні, навпаки, розглядатися як абсолютно незалежні від цієї останньої» та підкреслював, що «вина як умисел і необережність не охоплює умов караності, що лежать поза дією» [5, с. 208]. Починаючи з кінця 1960-х – початку 1970-х років, як видається, не в останню чергу під впливом авторитетних в радянську добу праць В.М. Кудрявцева [6], Я.М. Браїніна [7], М.Д. Дурманова [8], умови караності опинилися в забутті. Однак це не означає, що позитивне кримінальне право реально стало вільним від них. Нічим інакшим, ніж умовою караності, є формулювання ч. 1 ст. 368-2 КК «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», яке привернуло до себе увагу КСУ. Причому ст. 368-2 КК є далеко не єдиним положенням новітнього кримінального законодавства, що містить (містили) умови караності. Наприклад, (а) у примітці ст. 368-5 КК, що, як зазначалося вище, покликана стати заміною ст. 368-2 КК, формулювання «...якщо доведено, що...» та «...не враховуються активи, які є предметом провадження ... а також активи, стягнуті в дохід держави...» позначають обставини, які не характеризують поведінку обвинуваченого та про які обвинувачений у принципі не міг знати, набуваючи ті або інші активи; (б) характеристика «законність походження якого не підтверджується відповідними документами» в ч. 1 ст. 240-1 КК навіть текстуально майже не відрізняється від характеристики «законність підстав набуття яких не підтверджена доказами» в ч. 1 ст. 368-2 КК; (в) у чинній редакції ч. 1 ст. 209 КК передбачена характеристика «щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання злочинним шляхом», подібна до характеристики «...якщо доведено, що...» передбаченої в п. 2 примітки ст. 368-5 КК. Таким чином, хоча ч. 1 ст. 368-2 КК й було викладено парламентом у нетиповий спосіб із використанням формулювання, яке вказувало на умову караності, проте жодного поєднання «матеріальних та процесуальних приписів», про яке стверджував КСУ, у ній не було. Та навіть якби таке поєднання й мало місце, то, як було зазначено вище, КСУ жодним чином не пояснив, чому воно суперечило б вимозі юридичної визначеності.

Оцінюючи судження КСУ щодо невідповідності ст. 368-2 КК вимозі юридичної визначеності в їхній сукупності, у підсумку залишається погодитися з позиціями, висловленими суддями КСУ В.В. Лемаком та І.Д. Сліденком в окремих думках стосовно Рішення № 1-р/2019: а) «КСУ не зазначив, у чому саме полягає неоднозначність формулювання статті про незаконне збагачення» (І.Д. Сліденко); б) «[КСУ] відмовився від тлумачення положень ст. 368-2 КК виходячи з уявлень про те, що нібито «тлумачення закону» не належить до його повноважень», хоча насправді «у кожній справі [КСУ] повинен

тлумачити закон, якщо останній є об'єктом конституційного контролю і вирішується питання про його конституційність» (В.В. Лемак).

Невідповідність принципу презумпції невинуватості. З абз. 1 п. 4 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 випливає, що КСУ визнає складниками принципу презумпції невинуватості низку гарантій, передбачених ст. 62 Конституції України, а саме: 1) презумпцію невинуватості *sensu stricto*, згідно з якою 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 (ч. 1); 2) гарантію неприпустимості покладення на особу обов'язку доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину (ч. 2); 3) гарантію неприпустимості обвинувачення, що ґрунтується на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях (ч. 3); 4) гарантію *indubio pro reo*, яка передбачає тлумачення сумнівів щодо доведеності вини особи на її користь (ч. 3).

З абз. 3 п. 7 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019 випливає, що, на думку КСУ, ст. 368-2 КК суперечить усім трьом частинам ст. 62 Конституції України, положення яких у сукупності утворюють принцип презумпції невинуватості. Розглянемо, як КСУ аргументував невідповідність ст. 368-2 КК окремо кожній із частин ст. 62 Основного Закону. Найперше, Рішення № 1-р/2019 не містить навіть натяку на те, як ст. 368-2 КК суперечить ч. 1 ст. 62 Основного Закону, що й не дивно, оскільки порушення презумпції невинуватості *sensu stricto*, вочевидь, можливе у разі неналежного поводження з конкретною особою в конкретній ситуації, а КСУ оцінював конституційність ст. 368-2 КК як такої. Порушення ч. 2 ст. 62 Конституції України, на думку КСУ, полягає у тому, що ст. 368-2 КК поклала на обвинуваченого тягар доказування обов'язку законності підстав набуття у власність активів (абз. 5 п. 5 мотивувальної частини Рішення № 1-р/2019). Однак, як слушно зауважив у своїй окремій думці суддя КСУ С.П. Головатий, «формулювання ст. 368-2 Кримінального кодексу України жодним чином не дає підстав для припущення, що підозрюваний/винувачений (сторона захисту) несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування аргументів звинувачення». Складається враження, що судження КСУ щодо покладення на обвинуваченого обов'язку доказування законності підстав набуття у власність активів зумовлене тим, що у ст. 20 Конвенції ООН проти корупції від 2003 р. відповідальність особи за незаконне збагачення пов'язується з її нездатністю раціонально обґрунтувати збільшення активів, що перевищує її доходи. У цьому дійсно можна углядіти покладення на особу обов'язку доказування певних обставин у кримінальному провадженні, однак редакція ст. 368-2 КК, конституційність якої перевіряв КСУ, у цьому аспекті істотно різниться від спорідненого конвенційного положення у більш сприятливий для обвинуваченого бік. Таким чином, перш ніж визнати ст. 368-2 КК такою, що не відповідає ч. 2 ст. 62 Конституції України, КСУ специфічним чином витлумачив її, суттєво відхилившись від тексту кримінального закону та жодним чином не мотивувавши таке відхилення. Та й навіть якщо зі ст. 368-2 КК 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, оскільки остання говорить про неприпустимість покладення на особу обов'язку доводити невинуватість

у вчиненні злочину, але не про неприпустимість покладення на особу доводити наявність певних обставин (фактів). Іншими словами, порушенням ч. 2 ст. 62 Конституції України була б ситуація, якби сторона обвинувачення у кримінальному провадженні довільно вказувала б на яку-небудь особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як на таку, що незаконно збагатилася, а обвинувачений, своєю чергою, мав би спростовувати це твердження. Однак навіть специфічне тлумачення ст. 368-2 КК, висловлене КСУ, не передбачало такого розвитку подій, оскільки навіть згідно з таким тлумаченням сторона обвинувачення у будь-якому разі залишалася зобов'язаною доводити факт набуття особою певних активів чи факт їх передачі іншій особі.

Невідповідність ст. 368-2 КК ч. 3 ст. 62 Конституції України полягала, на думку КСУ, у тому, що згадане вище формулювання «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» начебто давало змогу ґрунтувати обвинувачення на припущеннях та тлумачити сумніви щодо доведеності вини особи не на її користь. Видається, що ці судження побудовані на підміні понять, оскільки КСУ замість того, щоб відштовхуватися від реального змісту ст. 368-2 КК, відштовхувався від того, яким цей зміст повинен бути, на думку КСУ. Як уже відзначалося вище, КСУ прямо зазначив, що ст. 368-2 КК мала б забороняти набуття активів у злочинний спосіб. Якби це положення справді мало б такий вигляд, то, звісно, кожен випадок засудження особи за незаконне збагачення у ситуації, коли лишень не було підтверджена доказами законності набуття активів, становив би порушення гарантій, передбачених ч. 3 ст. 62 Конституції України. Однак реально оспорюване положення КК мало зовсім інший вигляд, оскільки не вказувало на те, що незаконне збагачення полягає у незаконному набутті активів чи набутті активів у злочинний спосіб. У цьому й полягає специфіка кримінально-правової заборони незаконного збагачення як «останнього рубежу» протидії корупції: положення про незаконне збагачення застосовується тоді, коли немає підстав визнавати особу винною у набутті особою певного майна внаслідок вчинення конкретного кримінального правопорушення (одержання неправомірної вигоди, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем тощо). Звісно, що таке законодавче положення становить виклик конституційним положенням про основоположні права людини, однак його однозначно не можна вважати несумісним із ч. 3 ст. 62 Конституції України з огляду на аргументацію, наведену в Рішенні № 1-р/2019. Висловлені КСУ закиди на адресу ст. 368-2 КК ґрунтуються не на її реальному змісті, а на ідеалістичних уявленнях КСУ про те, як би мала ця стаття виглядати. Як наслідок, узагалі немає підстав уважати, що КСУ здійснив перевірку ст. 368-2 КК на відповідність ч. 3 ст. 62 Основного Закону в сутнісному, а не в формальному розумінні.

Невідповідність праву особи не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів. Як би дивно це не виглядало, однак у Рішенні № 1-р/2019 узагалі не наведено конкретних причин визнання КСУ ст. 368-2 КК такою, що не відповідає ч. 1 ст. 63 Основного Закону. КСУ або висловлює загальні судження щодо змісту цієї конституційної гарантії (п. 4 мотивувальної частини), або просто констатує невідповідність їй положення КК, що оспорюється (абз. 3 та 6 п. 7 мотивувальної частини).

Висновки. Завершуючи, дозволю собі зробити два висновки, один з яких стосується конкретно Рішення № 1-р/2019, а другий має більш широку перспективу.

По-перше, наведена у Рішенні № 1-р/2019 аргументація не підтверджує висновки КСУ щодо невідповідності ст. 368-2 КК ч. 1 ст. 8, ч.ч. 1-3 ст. 62, ч. 1 ст. 63 Конституції України.

По-друге, викликає занепокоєння вибраний КСУ у цій справі стиль конституційної перевірки положень кримінального законодавства. В одному аспекті (вимога юридичної визначеності) КСУ уникнув розгляду всіх можливих варіантів тлумачення ст. 368-2 КК та не пересвідчився, що один із них гарантував би відповідність Основному Закону положення, яке оспорювалося. В іншому аспекті (ч. 2 ст. 62 Конституції України) КСУ, навпаки, побудував свої висновки на такому тлумаченні ст. 368-2 КК, яке явно відхилялося від тексту статті у гірший для обвинуваченого бік, не пояснивши, чому саме цей варіант тлумачення видається КСУ «справжнім». Окремо відзначимо те, що, перевіряючи положення кримінального закону на предмет відповідності вимозі юридичної визначеності, КСУ у підсумку перевів розгляд цього питання у площину субстантивної (внутрішньої) якості кримінального закону, жодним чином не мотивувавши таке зміщення акцентів. Застосування КСУ у його подальшій практиці перевірки положень кримінального закону на предмет конституційності подібних підходів, які складно не назвати маніпулятивними, може негативно відбитися як на обґрунтованості подальших рішень КСУ, так і створити у суб'єктів владних повноважень та індивідів викривлене уявлення про вплив, який Основний Закон справляє на кримінальне право України.

Література:

1. Тимошенко В.А., Дрьомов С.В. До питання щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2019. № 1(12). С. 84–107. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/189709> (дата звернення: 21.01.2022).
2. Рубашенко М.А. Незаконне збагачення: міфічна природа та приховані загрози криміналізації. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2019. № 1(12). С. 1–31. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/188305/187667> (дата звернення: 21.01.2022).
3. Драган О. Щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 222–226.
4. Трайнин А.Н. Избранные труды / сост., вступ. статья Н.Ф. Кузнецовой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2004. 898 с.
5. Лист Ф. Учебник уголовного права. Общая часть / пер. с нем. Ф. Ельяшкевича ; предисл. М.В. Духовского ; 12-е изд. Москва : Типография А.И. Мамотова, 1903. 358 с.
6. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва : Юридическая литература, 1972. 352 с.

7. Брайтнин Я.М. Уголовный закон и его применение. Москва : Юридическая литература, 1967. 240 с.
8. Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. Москва : Московский университет. 1967. 320 с.

Zadoia K. Recognition of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine by the Constitutional Court of Ukraine as unconstitutional: problems of validity of the decision

During 2019-2021, the Constitutional Court of Ukraine passed a number of resonant decisions on declaring the provisions of the Criminal Code of Ukraine unconstitutional. The first of them was Decision № 1-r / 2019 on declaring Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine unconstitutional. This provision criminalized illicit enrichment. The prohibition of illicit enrichment appeared in Ukraine's criminal law in 2011 due to the implementation of Article 20 of the 2003 UN Convention against Corruption. During the short period of its existence, Article 368-2 of the Criminal Code has been amended several times. The latest version of this provision prohibited the acquisition by a person authorized to perform the functions of state or local self-government of significant assets, the legality of the grounds for which is not confirmed by evidence, as well as the transfer of such assets to any other person. This provision was the subject of assessment by the Constitutional Court of Ukraine.

The Constitutional Court of Ukraine declared Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine unconstitutional. Decision № 1-r / 2019 provides three arguments in favor of this conclusion: 1) the prohibition of illicit enrichment does not comply with the principle of legal certainty; 2) the prohibition of illicit enrichment does not comply with the principle of the presumption of innocence; 3) the prohibition of illicit enrichment does not comply with the privilege against self-incrimination.

Unfortunately, none of these arguments seems convincing. The Constitutional Court declared that the prohibition of illicit enrichment contradicts the principle of legal certainty, but did not even try to convince itself that there was no interpretation of this provision that could be considered certain. The Constitutional Court noted that the provision on illicit enrichment does not comply with the principle of the presumption of innocence, as it imposes on a person the burden to prove the legality of the origin of his/her assets. However, nothing in the text of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine indicated such a burden. Finally, the Constitutional Court did not in any way justify the inconsistency of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine with the privilege of self-disclosure.

All this makes the Decision № 1-r / 2019 an awful example of checking the constitutionality of criminal law rules.

Keywords: illicit enrichment; Constitutional Court of Ukraine; legal certainty; presumption of innocence; unconstitutionality