

## РОЗБІЖНА ДУМКА

судді Сергія Головатого

у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України (справа № 1-135/2018(5846/17) (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019)

### I.

1. Я не голосував разом із більшістю за визнання статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України неконституційною через те, що не згоден загалом із юридичною позицією Суду, на якій це рішення уґрунтовано.

2. Рішення, що його ухвалила більшість, ґрунтується на тому, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України, мовляв, не відповідає приписам частини першої статті 8 (у частині вимоги юридичної визначеності як складової принципу верховенства права), статті 62, частини першої статті 63 Конституції України.

3. Я переконаний, що юридична позиція Суду в цьому питанні є хибною, а стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України відповідає приписам частини першої статті 8, статті 62, частини першої статті 63 Конституції України.

### II.

#### *A. Щодо статті 8 Конституції України*

4. У конституційному поданні народних депутатів України стверджується, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України порушує «визначений Конституцією України принцип верховенства права» в частині його такої складової, як юридична визначеність (абзац 5 пункту 4 конституційного подання). Суд погодився з цим, зазначивши зокрема: «З огляду на наведене Конституційний Суд України дійшов висновку, що стаття 368<sup>2</sup> не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, а тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України» (абзац 12 пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

5. Я вважаю, що конкретний елемент незаконного збагачення – збільшення активів у значному розмірі, законність підстав набуття у власність яких не підтверджено доказами – достатньо чітко проглядається з формулювання частини першої статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу 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. Отже, лише після перевірки всіх можливих способів набуття активів підтверджується, що винувачена особа не могла отримати значну суму доходу від своєї діяльності, не забороненої законом.

6. Винувачений, якщо не сам, то за допомогою адвоката, здатний усвідомити зміст статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України, а також розрізнити законний та незаконний дохід, визначити заборонену законом діяльність і зрозуміти, які докази можуть бути використані, щоб підтвердити законність чи незаконність своїх доходів.

7. Слід зважати на особливий статус винуваченого, тобто статус особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (державної посадової особи), адже державні посадові особи обізнані про підвищені стандарти доброчесності, що є застосовними до них під час перебування на посаді, а також про відповідні обов'язки щодо декларування та обґрунтування свого доходу згідно зі встановленими законодавством процедурами.

8. Принцип верховенства права передбачає, що в тих випадках, коли виникає якась законодавча неясність або суперечність, головний обов'язок органів судової влади полягає в тому, щоб усунути неясність або розв'язати суперечність шляхом тлумачення та застосування судами кримінального законодавства в такий спосіб, щоб воно було узгодженим і передбачним.

### ***Б. Щодо статті 62 Конституції України (презумпція невинуватості)***

9. У конституційному поданні стверджується, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України «покладає тягар доведення невинуватості на саму особу» (абзац 7 пункту 1 конституційного подання), тоді як стаття 62 Конституції визначає, що «ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину» (абзац 6 пункту 1 конституційного подання).

10. Суд погодився із наведеним твердженням, вбачаючи в конструкції статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України можливість перекладання обов'язку «збирати докази законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі зі сторони обвинувачення (держави) на сторону захисту (підозрюваного або обвинуваченого), що є неприпустимим з огляду на конституційний принцип презумпції невинуватості» (абзац 5 пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

11. Я вважаю, що формулювання статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України жодним чином не дає підстав для припущення, що підозрюваний/винувачений (сторона захисту) несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування аргументів винувачення. Таке формулювання не вимагає від особи пояснювати законність походження своїх доходів чи надавати будь-яке інше підтвердження або інформацію. Приписи статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України стосуються доказів, на підставі яких має бути підтверджено відсутність законних джерел набуття у власність активів у значному розмірі, що належать посадовій особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Такі докази, за правилами кримінального провадження, мають збирати та надавати судові органи публічного винувачення. Отже, закладений у статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України підхід створює рівновагу між інтересом держави в сфері боротьби з корупцією та правами підозрюваного/винуваченого, покладаючи на прокурора обов'язок довести вину особи, яку підозрюють/винувачують у вчиненні злочину, чим є незаконне збагачення, а особа може її спростувати.

***В. Щодо частини першої статті 63 Конституції України («особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї...»)***

12. У конституційному поданні стверджується, що статтю 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України сформульовано в такий спосіб, що «змушує особу давати свідчення щодо себе і своїх родичів» (абзац 5 пункту 2 конституційного подання).

13. Суд, приставши на позицію суб'єкта права на конституційне подання, дійшов висновку, що «стаття 368<sup>2</sup> Кодексу... 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... (частина перша статті 63 Конституції України)» (абзац 3 пункту 7 мотивувальної частини Рішення). Тобто Суд сприйняв статтю стаття 368<sup>2</sup> Кодексу як таку, що допускає самовинувачення.

14. Я вважаю, що стаття 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України не вимагає від винуваченої особи надавати будь-які пояснення та не зобов'язує, в прямій формі, надавати інформацію. Підсудний має право, але не зобов'язаний надавати пояснення щодо походження активів, про незаконність яких стверджує сторона винувачення. Припис Кримінального кодексу *per se* не встановлює будь-якого тягара доведення щодо надання доказів. Це є предметом регулювання виключно нормами кримінального процесуального права.

15. Понад те, навіть якщо таких пояснень вимагало б українське законодавство, це не становило б порушення права не свідчити проти самого себе (що підтверджує практика ЄСПЛ, зокрема його рішення в справах: *Saunders v. UK*, 17 грудня 1996 року, заява № 19187/91; *Jalloh v. Germany*, 11 липня 2006 року, заява № 54810/00; *O'Halloran and Frabcis v. UK*, 29 червня 2007 року, заяви № 15809/02 і № 25624/02; *Allen v. UK*, 10 вересня 2002 року, заява № 76574/01; *Funke v. France*, 25 лютого 1993 року, заява № 10828/84).

### III.

16. Закон України «Про Конституційний Суд України» передбачає, що оприлюднення рішень Суду здійснюється на офіційному веб-сайті Суду «не пізніше наступного робочого дня після їх ухвалення» (частина перша статті 94), а також те, що «суддя викладає окрему думку в письмовій формі, що додається до відповідного акта Суду та без зволікання оприлюднюється на офіційному веб-сайті Суду» (частина друга статті 93).

17. Європейська комісія «За демократію через право» в Доповіді «Щодо окремих думок в конституційних судах» схвалила як стандарт: «Окремі думки становлять частину рішення й тому мають бути опубліковані в кожній справі разом із рішенням більшості та в порядку *ex officio*, а не лише на вимогу суддів, що виклали ці думки. Ця вимога застосовується як щодо видання, в якому здійснюється оприлюднення, так і щодо часу оприлюднення» (*Report on Separate Opinions of Constitutional Courts. CDL-AD(2018)030 rev. 17 December 2018, para. 57*).

18. Регламент Конституційного Суду України передбачає, що суддя може викласти свою окрему думку «не пізніше дванадцятого робочого дня з дня ухвалення рішення» (частина друга § 74 Регламенту).

19. З огляду на те, що українське законодавство в окресленому питанні не відповідає європейському стандарту (як позиції Венеційської комісії, що її наведено в пункті 17 моєї окремої думки) і ставить суддю в рамки неможливого – фізично суддя не в змозі підготувати окрему думку стосовно рішення Суду в строк «не пізніше наступного робочого дня після його ухвалення» з тим, щоб її було оприлюднено одночасно з самим рішенням. Наразі викладено лише коротку версію, повну ж версію своєї думки я викладу в строк, визначений Регламентом Суду – «не пізніше дванадцятого робочого дня з дня ухвалення рішення».



27 лютого 2019 року