**ПОЯСНЮВАЛЬНА ЗАПИСКА**

**до проекту Закону України «Про внесення змін до статті 3682 Кримінального кодексу України з метою приведення її положень**

**до вимог Конституції України»**

**1. Обґрунтування необхідності прийняття законопроекту**

Конституція України встановлює, що Україна є правовою державою; головним обов’язком держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини; в Україні визнається та діє принцип верховенства права; закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (статті 1, 3, 8).

Ці конституційні приписи означають, що уся діяльність держави має засновуватися на принципі верховенства права. Це повною мірою стосується законодавчої діяльності – прийняття законів, які за Конституцією України за своїм змістом мають бути правовими. У першу чергу така вимога поширюється на закони, які встановлюють кримінальну відповідальність, що передбачає найбільш істотні обмеження та/чи позбавлення конституційних прав і свобод людини.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 7 квітня 2011 року № 3207–VI в Україні встановлено кримінальну відповідальність за незаконне збагачення – Кримінальний кодекс України було доповнено новою статтею 3682 «Незаконне збагачення».

Таке рішення українського парламенту слід визнати суспільно і юридично обґрунтованим з огляду на існуючий в Україні стан корупції і ті загрози, які вона несе конституційному ладу, національній безпеці, правопорядку. В останнє десятиліття корупція є головним чинником, який зумовлює знищення демократії, руйнування економіки, нівелювання принципу соціальної справедливості, зубожіння і безправ’я в нашій країні.

Однак за усієї величезної суспільної небезпечності корупції боротьба з нею має вестись виключно правовими засобами, які базуються на відповідних конституційних засадах, з дотриманням конституційних прав і свобод людини, передусім тих, які забезпечують конституційно визначену презумпцію невинуватості, а також об’єктивне, всебічне, повне розслідування корупційних проявів та справедливе і неупереджене правосуддя.

На жаль, в частині встановлення кримінальної відповідальності за вказане діяння таких вимог дотримано не було. Через непродумані та недосконалі законодавчі новели склад незаконного збагачення зазнавав неодноразових змін. Упродовж незначного періоду редакція статті 368-2 КК України змінювалась двічі: Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 року № 1698–VII та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12 лютого 2015 року № 198–VIII.

При чому у кожній з цих редакцій статті 368-2 КК України вбачався істотний відступ від конституційних принципів кримінальної відповідальності, який був наслідком того, що законодавчі зміни готувалися не фахово, похапцем, з механічним перенесенням у вітчизняну правову систему положень міжнародно-правових документів, які підлягали відповідному адаптуванню в Україні та запровадженню з урахуванням вимог Конституції України.

Чинна редакція статті 3682КК України передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, яке визначає як «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».

Аналіз цієї статті КК України засвідчує, що її положенням притаманні істотні концептуально-правові недоліки та очевидна невідповідність Основному Закону України.

Передусім, діюча редакція статті 368-2 КК України порушує конституційне право на презумпцію невинуватості. Це право є одним із фундаментальних прав людини, яке характеризує державу як правову. В Україні це право включає в себе низку взаємопов'язаних складових. По-перше, воно передбачає, що обов'язок доведення вини особи у вчиненні злочину лежить на стороні обвинувачення. При цьому зазначений обов'язок передбачає не лише наведення доказів вини особи, а й спростування доводів її невинуватості. По-друге, у жодному разі такий обов'язок не може покладатися на звинувачену особу – «ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину». По-третє, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину, «доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» (стаття 62 Конституції України).

Слід підкреслити, що Конституція України не передбачає жодних винятків із права на презумпцію невинуватості.

Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 6) презумпція невинуватості розглядається як елемент права на справедливий суд.

Обов’язковою ознакою незаконного збагачення, передбаченого статтею 368-2 КК України, є непідтвердженість доказами законності підстав набуття у власність відповідних активів. Це законодавче формулювання встановлює юридичний обов’язок підтвердити доказами законність підстав набуття у власність активів. Відсутність таких доказів, у свою чергу, визнається безумовним доведенням незаконності їх набуття. Буквальне тлумачення положень статті 368-2 КК України вказує на покладення обов’язку підтвердити законність набуття у власність активів на обвинувачену особу. Разом з тим, як положення Конституції України, так і Кримінального процесуального кодексу України передбачають, що обов’язок доказування винуватості особи у вчиненні злочину покладається на слідчого та прокурора; ніхто не зобов’язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом; усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи (стаття 62 Конституції України, статті 17, 92 КПК України). З іншого боку, покладення на сторону обвинувачення обов’язку доводити доказами законність підстав набуття особою активів є юридично абсурдним. У такому випадку обидві сторони – і сторона обвинувачення, і сторона захисту – мали б доказувати одне і те ж: законність дій обвинуваченого. Хоча у кожної з цих сторін абсолютно різні функції: сторона обвинувачення доводить незаконність діянь обвинуваченої особи, а сторона захисту – законність такого діяння.

Таким чином, для захисту від обвинувачення у вчиненні злочину, передбаченого статтею 368-2 КК України, особа змушена брати на себе обов’язок доводити законність підстав набуття активів, тобто свою невинуватість, що прямо суперечить вимогам статті 62 Конституції України. В свою чергу, орган досудового розслідування в абсолютній більшості випадків відшуковує лише докази вини особи, а не доводить законність підстав набуття нею активів.

Це підтверджується практикою застосування статті 3682 КК України. Її аналіз вказує на те, що органи досудового розслідування підходять до процесу доведення вини підозрюваних (обвинувачених) у незаконному збагаченні суто формально. Спочатку вони встановлюють два факти: загальну суму, на яку посадовою особою набуто активи, та розмір сукупного доходу, набутою цією особою за певний час (фактично, виключно на підставі даних Державної фіскальної служби України про доходи цієї особи). Потім констатується, що отриманий дохід не «покриває» витрат на набуття активів. А далі на підставі такого арифметичного підрахунку робиться висновок, що законність підстав набуття активів не підтверджено доказами, а відтак особа презюмується винною в незаконному збагаченні.

Ускладнює ситуацію з доведенням законності підстав набуття активів те, що ця обставина не завжди може бути підтверджена доказами, які орган досудового розслідування може добути без участі (пояснення) обвинуваченої особи. Так, відповідно до пункту 2 примітки до статті 3682 КК України під активами у цій статті розуміють грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, якщо їх розмір (вартість) перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Грошові кошти, як визначені родовими ознаками речі можуть бути передані у власність у тому числі за договорами дарування та позики. Згідно з частиною п’ятою статті 719 Цивільного кодексу України договір дарування валютних цінностей на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратний розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, може укладатися усно. Відповідно до частини першої статті 1047 ЦК України якщо сума договору позики не перевищує у десять разів встановлений законом розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, його можна укласти усно. Предметом договорів дарування і позики можуть бути родово визначені рухомі речі, а предметом договору дарування, – також індивідуально визначені рухомий речі. Згідно з частинами першою та четвертою статті 719 ЦК України договір дарування предметів особистого користування та побутового призначення може бути укладено усно, а передання за усним договором дарування рухомих речей, які мають особливу цінність, є правомірним, якщо суд не установить, що обдаровуваний заволодів нею незаконно. Правило про форму договору позики, встановлено щодо грошей поширюється і на рухомий речі, визначені родовими ознаками. При цьому такі договори можуть укладатися будь-яку кількість разів і за будь-який період часу без встановлення меж.

Одним із видів доходів, що належить до активів, які можуть набуватися у власність є дивіденди. Відповідно до частини п’ятої статті 30 Закону України «Про акціонерної товариства» в окремих випадках акціонерне товариство може здійснювати виплату дивідендів безпосередньо акціонерам. При чому, конкретний спосіб виплати дивідендів визначається відповідним рішенням загальних зборів акціонерів, у тому числі він може бути визначений у готівці.

Таким чином, цивільне законодавство України встановлює правові можливості набуття у власність активів без необхідності їх підтвердження письмовими чи іншими документами. Вони можуть бути передані у власність на підставі усних правочинів, вчинення яких не може бути підтверджено іншими доказами, ніж поясненням особи, яка обвинувачується у незаконному збагаченні. А це, знову ж таки, змушує її доводити свою невинуватість, оскільки без цього вона навіть за відсутності достатніх підстав може бути притягнута до кримінальної відповідальності за статтею 368-2 КК України.

Разом з тим, слідчий та прокурор, які мають підтверджувати доказами вказану законність підстав набуття активів, на власний розсуд можуть визначати процес цього підтвердження – залежно від різних (у т.ч. суб’єктивних) обставин. А отже саме від їх розсуду, а не об’єктивних фактів та обставин залежатиме підтвердження (непідтвердження) законності підстав набуття активів, що є ознакою об’єктивної сторони незаконного збагачення. Вказаний концептуальний недолік чинної редакції статті 3682КК України закладає підґрунтя для можливого штучного створення органами досудового розслідування доказів вини особи у вчиненні злочину, що може призводити до ігнорування конституційного принципу, згідно з яким обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях, а усі сумніві щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь (стаття 62 Конституції України).

Змушуючи підозрювану (обвинувачену, підсудну) особу доводити свою невинуватість у вчиненні незаконного збагачення, діюча стаття 368-2 КК України входить також у суперечність з положеннями статті 63 Конституції України, яка встановлює свободу «від самозвинувачення». Відповідно до статті 63 Конституції, особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення стосовно себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. У разі ж вимушеного доведення своєї невинуватості у вчиненні незаконного збагачення особа змушена давати показання стосовно себе, членів сім'ї чи близьких родичів. Таким чином, ігнорується її конституційне право «не свідчити проти себе та близьких родичів».

Крім того, через концептуальні вади формулювання складу незаконного збагачення на практиці цілком можливою є ситуація, за якої особа двічі нестиме кримінальну відповідальність за одне й те ж саме діяння, що прямо заборонено статтею 61 Конституції України. Адже незаконне збагачення є лише наслідком певних незаконних, головним чином, злочинних діянь. По суті, відповідальність за незаконне збагачення є додатковою (фактично – повторною) відповідальністю за діяння, яке стало джерелом такого збагачення. Отже, на практиці особу можуть притягнути до кримінальної відповідальності як за джерело незаконного збагачення (наприклад, одержання неправомірної вигоди чи розкрадання), так і за його фактичний наслідок – власне незаконне збагачення.

Застосування на практиці статті 368-2 КК України також може призводити до порушення вимог статті 58 Конституції України, відповідно до якої закони не мають зворотної сили, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи; ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Річ у тім, що формулювання диспозиції статті 368 КК України дозволяють поширити її дію на правовідносини, які існували до набрання чинності її діючої редакції. Оскільки момент набуття у власність активів може бути розведений у часі і припадати на період, коли кримінальної відповідальності за незаконне збагачення встановлено ще не було.

Істотним юридичним недоліком чинної редакції статті 368-2 КК України є також віднесення до незаконного збагаченням передачі активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, іншій особі. Разом з тим, для суті незаконного збагачення важливим є саме незаконне набуття активів (що, власне, і складає зміст цього злочину), а способи подальшого розпорядження цими активами не мають кримінально-правового значення (як, скажімо, при розкраданні чи ухиленні від сплати податків). У зв’язку з цим криміналізація дій особи, що полягають у передачі нею активів іншій особі, є вочевидь необґрунтованою і надмірною. Адже для притягнення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, до кримінальної відповідальності за передачу нею таких активів все рівно потрібно буде спочатку довести те, що вона набула їх у власність незаконно.

Отже, чинна редакція статті 3682КК України суперечить фундаментальним конституційним засадам кримінальної відповідальності, порушує конституційні права і свободи людини, а також конституційні засади, які визначають верховенство права і спрямованість діяльності держави. Вказана кримінально-правова норма не відповідає положенням статей 1, 3, 8, 61, 62, 63 Конституції України. Відтак, Верховна Рада України як єдиний орган законодавчої влади в України зобов’язана привести положення статті 368-2 КК України у відповідність до Конституції України.

Крім іншого, таким чином парламент виконає вимоги Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р., яка була ратифікована Законом України від 18 жовтня 2006 р. № 251-V. Статтею 20 цієї Конвенції встановлено, що «за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати». Отже, відповідно до цієї Конвенції ООН Україна має розглянути можливість (а не зобов’язана) запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення «за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи».

При формулюванні діючої редакції статті 368-2 КК України ці конвенційні приписи були проігноровані, що необхідно виправити на законодавчому рівні.

**2. Цілі і завдання законопроекту**

Метою законопроекту є удосконалення положень статті 3682 КК України для приведення їх у відповідність з вимогами Конституції України, основоположним принципам вітчизняної правової системи, положеннями Конвенції ООН проти корупції.

**3. Загальна характеристика та основні положення законопроекту**

Проектом Закону пропонується удосконалити положення частини першої статті 3682 КК України, а саме визначити незаконне збагачення як ***незаконне*** набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активіву значному розмірі. Фактично пропонується лише внести необхідне уточнення до положень статті 368-2 КК України, передбачивши, що **незаконне** збагачення – це **незаконне** набуття активів.

Таке уточнення з правової точки зору ставить все на свої місця – орган досудового розслідування (сторона обвинувачення) буде доводити незаконність діяння (як це й має бути), а підозрювана особа (сторона захисту) доводитиме законність своїх дій, але не вимушено, як це має місце зараз, а лише якщо вважатиме за доцільне це робити для свого захисту. У такий спосіб законодавче визначення незаконного збагачення буде приведено у відповідність до Конституції України, зокрема її статей 62 та 63. Це також виключить можливість обґрунтування обвинувачення у незаконному збагаченні на припущеннях і сумнівних доказах, як це має місце зараз.

Крім того, проектом передбачається виключити із диспозиції частини першої статті 368-2 КК України вказівку на те, що ознакою цього злочину є передача активів іншій особі, оскільки таке діяння не становить суті незаконного збагачення і лише характеризує посткримінальну поведінку винної особи в частині розпорядження активами (які вона, зрештою, може не лише передати, але й спожити, знищити тощо). За логікою, передбаченою чинною редакцією статті 368-2 КК України, кримінальній відповідальності особа мала б підлягати не лише за передачу активів іншій особі, але за їх споживання, знищення тощо.

Таким чином, цей законопроект:

– зберігає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення;

– залишає незмінним покарання за вчинення цього злочину і віднесення його до категорії тяжких злочинів;

– вносить необхідні уточнення законодавчого визначення незаконного збагачення, які приводять його у відповідність до Конституції України та основоположних правових принципів вітчизняної правової системи.

**4. Стан нормативно-правової бази у даній сфері правового регулювання**

Нормативно-правовою базою для прийняття цього законопроекту є Конституція України, КК України, КПК України, Закон України «Про запобігання корупції», Конвенція ООН проти корупції.

Реалізація положень поданого законопроекту не потребує внесення змін до інших законів.

**5. Фінансово – економічне обґрунтування**

Закон не потребує додаткового фінансування з Державного бюджету України.

**6. Прогноз соціально-економічних та інших наслідків прийняття законопроекту**

Прийняття законопроекту сприятиме удосконаленню положень статті 3682 КК України та приведення її у відповідність з положеннями Конституції України та міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Крім цього, прийняття законопроекту забезпечить реалізацію конституційних принципів кримінальної відповідальності та конституційних прав і свобод людини, мінімізує ризики свавільного застосування кримінального закону.

**Народні депутати України**