



**II ЩОРІЧНИЙ
КРУГЛИЙ СТІЛ**

**АКТУАЛЬНІ ВИКЛИКИ
У ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО
АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ**

Актуальні виклики у діяльності Вищого антикорупційного суду: матеріали II щорічного круглого столу (м. Київ, 30 вересня 2021 р.), Київ: ВАІТЕ, 2021. – 138 с.

ISBN 978-617-7627-67-7

У збірнику однойменного круглого столу висвітлено практику застосування антикорупційного законодавства Вищим антикорупційним судом, а також суддями Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду, прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, детективами Національного антикорупційного бюро України, представниками Національного агентства з питань запобігання корупції, адвокатами, науковцями.

Для працівників судових та правоохоронних органів, науковців, викладачів, здобувачів, усіх, хто цікавиться даною тематикою.

Укладач: Стеблинська О.С. – кандидат юридичних наук, доцент

Всі матеріали надруковані в авторській редакції. Відповідальність за їх якість, а також відсутність у них відомостей, що становлять державну таємницю та службову інформацію, несуть автори.

Круглий стіл організовано у рамках реалізації спільного проекту Вищого антикорупційного суду та Координатора проєктів ОБСЄ в Україні «Підтримка розвитку інституційної спроможності Вищого антикорупційного суду».



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проєктів в Україні

Видано за підтримки Координатора проєктів ОБСЄ в Україні. У цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією Координатора проєктів ОБСЄ в Україні.

© Координатор проєктів ОБСЄ в Україні, 2021



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні



ВИЩИЙ
АНТИКОРУПЦІЙНИЙ
СУД

II ЩОРІЧНИЙ КРУГЛИЙ СТІЛ «АКТУАЛЬНІ ВИКЛИКИ У ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ»

30 вересня 2021 року

Зміст

ВСТУПНЕ СЛОВО	4
----------------------------	----------

Білоус Інна Олександрівна ДВА РОКИ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ: ПІДСУМКИ ТА ВИКЛИКИ.....	8
---	---

Боднар Сергій Богданович ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ: НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА КОНВЕНЦІЙНИЙ АСПЕКТИ	14
--	----

Олександр Водянніков КОНСТИТУЦІЯ, ДЕМОКРАТІЯ І КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО: КОНЦЕПЦІЯ ULTIMA RATIO	21
---	----

Вороніжський Ярослав Володимирович ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ ПРО ВИЗНАННЯ АКТИВІВ НЕОБГРУНТОВАНИМИ ТА СТЯГНЕННЯ ЇХ ДОХІД В ДЕРЖАВИ	35
--	----

Галабала Маркіян Васильович ДВА РОКИ АНТИКОРУПЦІЙНОМУ СУДУ: ВИКЛИКИ І ЗАГРОЗИ ...	43
---	----

Гацелюк В.О. ЗАСОБИ АРГУМЕНТАЦІЇ ВИСНОВКУ ПРО НЕКОНСТИТУЦІЙНІСТЬ СТАТТІ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК У РІШЕННІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЩОДО СТАТТІ 375 КК УКРАЇНИ	45
---	----

Гловюк Ірина Василівна ПОВЕРНЕННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТУ У ПРАКТИЦІ ВАКС.	51
---	----

Глотов Микола Сергійович КРИТЕРІЇ РОЗМЕЖУВАННЯ СПРАВ ПРО КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ МІЖ ВИЩИМ АНТИКОРУПЦІЙНИМ СУДОМ ТА ІНШИМИ СУДАМИ.....	58
--	----

Дубас Віталій Михайлович

ОПТИМІЗАЦІЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ
ПРО КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ. 66

Дудоров Олександр Олексійович

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ПІДКУПУ (ЗА МАТЕРІАЛАМИ
ПРАКТИКИ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ). 72

Кравчук Олексій Олегович

ДОПИТ СВІДКА У ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ В ЧАСИ COVID-19 90

Михайленко Віра Володимирівна

ВИКРИВАЧ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ:
ЛЕГІТИМІЗОВАНИЙ ІНСАЙДЕР ЧИ СУБ'ЄКТ БЕЗ СТАТУСУ? 97

Михайленко Дмитро Григорович

ПРАКТИКА АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ ВАКС З ПЕРЕГЛЯДУ
ВИРОКІВ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ 104

Подорожна Тетяна Станіславівна

Худик Андрій Мирославович

ВИЩИЙ АНТИКОРУПЦІЙНИЙ СУД ЯК ВИЩИЙ
СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМА
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ 109

Стеблинська Оксана Степанівна

ПРАКТИКА ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ
ПРО ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ
З ВИПРОБУВАННЯМ У ВИПАДКУ ЗАТВЕРДЖЕННІ УГОДИ
ПРО ВИЗНАННЯ ВИНИ 119

Чорненко Даниїла Степанівна

МІЖНАРОДНИЙ РОЗШУК ТА ВИКЛИК УЧАСНИКІВ
ПРОВАДЖЕННЯ З-ЗА КОРДОНУ 125

Широка Катерина Юрївна

ВИЗНАННЯ НЕОБҐРУНТОВАНИМИ АКТИВІВ:
ВИПРАВЛЯЄМО НЕДОЛІКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ? 130

ВСТУПНЕ СЛОВО

5 вересня 2021 року виповнилось два роки з початку процесуальної діяльності Вищим антикорупційним судом.

II щорічний круглий стіл «Актуальні виклики в діяльності Вищого Антикорупційного суду» – це знаковий юридичний захід, що дав змогу фахівцям різних юридичних спільнот обмінятися думками й досвідом, спільно обговорити проблемні аспекти у кримінальних провадженнях щодо корупційних кримінальних правопорушень і виробити єдність позицій та практику правозастосування чинного кримінального процесуального закону.

Платформи для дискусій стали унікальною можливістю «поглянути» на кримінальний процес у корупційних кримінальних правопорушеннях одночасно під різними кутами зору, та обмінятися думками щодо вдосконалення практики застосування КПК України під час розгляду корупційних кримінальних правопорушень.

Під час відкриття круглого столу з вітальним словом звернувся Координатор проектів ОБСЄ в Україні Посол **Генрік Віладсен**, а також заступник голови ВАКС **Євген Крук** та голова Апеляційної палати ВАКС **Даниїла Чорненька**.

З вітальними словами також виступили голова комітету Верховної Ради України з питань антикорупційної політики **Анастасія Радіна**, голова Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду **Станіслав Кравченко**, голова Національного агентства з питань запобігання корупції **Олександр Новіков**, директор Національного антикорупційного бюро України **Артем Ситник**, в.о. керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури **Максим Грищук**, голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури **Сергій Вилков**.

Під час першої сесії, яка була присвячена темі: «Забезпечення права на захист: парадигма адвокатури, прокуратури і суду» виступили **Клочков Володимир** - голова Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності НААУ, керуючий партнер АО «Клочков та партнери» з темою: *«Порушення професійних прав адвокатів в практиці суддів ВАКС (на основі звернень до Комітету захисту прав адвокатів НААУ)»*, **Вилков Сергій** - голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії, кандидат юридичних наук, Заслужений юрист України з темою: *«Право на захист як баланс правосуддя»*, **Кричун Василь** - начальник

відділу Спеціалізованої антикорупційної прокуратури з темою: *«Зловживання стороною захисту процесуальними правами»*, **Боднар Сергій** - суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду, кандидат юридичних наук з темою: *«Забезпечення права на захист: вимоги КПК України та практика КДКА»*, **Федорак Леся** - суддя Вищого антикорупційного суду, кандидат юридичних наук з темою: *«Належна процесуальна поведінка у судовому засіданні як гарантія забезпечення права на захист»*, **Крук Євген** - заступник голови Вищого антикорупційного суду з темою: *«Повідомлення про виклик за допомогою адвоката як складова принципу забезпечення права на захист»*, **Прудивус Олег** - член Вищої ради правосуддя, секретар Другої Дисциплінарної палати, кандидат юридичних наук, доцент з темою: *«Дотримання норм суддівської поведінки як запобіжник гарантій принципу верховенства права при здійсненні правосуддя»*.

Друга сесія круглого столу була присвячена темі: «Особливості кримінального провадження у суді першої інстанції щодо корупційних кримінальних правопорушень». Спікерами виступили **Білоус Інна** - суддя-спікер Вищого антикорупційного суду з темою: *«2 роки процесуальної діяльності: підсумки та виклики»*, **Хавронюк Микола** - директор з наукового розвитку ГО «Центр політико-правових реформ», професор кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія», доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України з темою: *«Корупційні злочини: погляд у майбутнє»*, **Присянюк Ольга** - член Правління Асоціації правників України, координатор Ініціативної групи із захисту прав адвокатів, керуючий партнер АО AVER LEX, кандидат юридичних наук з темою: *«Додавання чи поглинання? Особливості обрахування строку досудового розслідування»*, **Гловнюк Ірина** - головний науковий співробітник відділу організації наукової роботи Львівського державного університету внутрішніх справ, професор кафедри кримінально-правових дисциплін Інституту права ЛьвДУВС, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України з темою: *«Питання повернення обвинувального акту у практиці ВАКС»*, **Луцик Василь** - заступник керівника Департаменту запобігання та виявлення корупції – керівник управління захисту викривачів та обробки повідомлень про корупцію Національного агентства з питань запобігання корупції, кандидат юридичних наук, доцент з темою:

«Інститут викривачів у кримінальному провадженні: проблеми правозастосування», Дудоров Олександр - завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування кримінальних правопорушень територіальними органами Національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України з темою: «Проблеми кваліфікації підкупу (за матеріалами практики ВАКС)», Дубас Віталій - суддя Вищого антикорупційного суду з темою: «Оптимізація судового розгляду справ про корупційні кримінальні правопорушення».

Упродовж третьої сесії «Забезпечення єдності судової практики у справах про корупційні кримінальні правопорушення» з доповідями виступили: **Анісімов Герман** - секретар Третьої судової палати Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду, кандидат юридичних наук, доцент на тему: «Забезпечення єдності судової практики у справах про корупційні кримінальні правопорушення», **Михайленко Дмитро** - суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду, доктор юридичних наук, доцент на тему: «Практика Апеляційної палати ВАКС з перегляду вироків суду першої інстанції», **Глотов Микола** - суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду на тему: «Критерії розмежування справ про корупційні кримінальні правопорушення між Вищим антикорупційним судом та іншими судами», **Лисак Олександр** - партнер АО «EQUITY» на тему: «Апеляційний перегляд судових рішень, прийнятих слідчими суддями ВАКС», **Чорненька Даниїла** - голова Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду на тему: «Міжнародний розшук та виклик учасників провадження з-за кордону», **Широка Катерина** - суддя Вищого антикорупційного суду на тему: «Визнання необґрунтованими активів: виправляємо недоліки кримінального процесу?», **Вороніжський Ярослав** - старший детектив Національного антикорупційного бюро України на тему: «Процесуальні особливості доказування у справах про визнання активів необґрунтованими».

Участь в обговоренні проблемних питань здійснювали запрошені представники **Касаційного кримінального суду в складі Верховного суду:** судді Герман Анісімов, Василь Бородій, Лев Кишакевич, Микола Ковтунович, Сергій Фомін; **судді Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду:** Олександр Семенников,

Валерія Чорна; **судді Вищого антикорупційного суду:** Маркіян Галабала, Сергій Мойсак; **суддя Київського апеляційного суду:** Юрій Трясун; представники **апарату Вищого антикорупційного суду:** Богдан Крикливенко, Олексій Гура, Сергій Лавренчук, Вікторія Недибалюк, Денис Пронін, Оксана Стеблинська, Євгенія Чупринська; представник Національної школи суддів України: Наталія Шукліна; **прокурори Спеціалізованої антикорупційної прокуратури:** Денис Демків, Аліна Жовницька, Тарас Щербай; **представники Національного антикорупційного бюро України:** Гізо Углава, Андрій Калужинський, Микола Корнелюк, Олена Кроловецька, Сергій Наумюк; **адвокати:** Петро Бойко (Рада адвокатів Київської області), Сергій Дрелінський (Координаційний центр з надання правової допомоги), Олексій Задоєнко та Олександр Максименко (АО ARZINGER), Анжеліка Моїсєєва (Комітет з кримінального права і процесу НААУ), Віталій Наум (Рада адвокатів Київської області), Дмитро Остапенко (АО «Кроловецький та Партнери»), Тарас Пошиванюк (АО «Equity Law Firm»), Дмитро Проботюк, Ксенія Проконова (Партнер Conflict Lawyers), Андрій Романчук (Асоціація правників України), Євгенія Рябека (Адвокатське бюро «Євгенії Рябеки»), Петро Рябенко (Рада адвокатів міста Києва), Віталій Сердюк (АО «AVER LEX»), Сергій Смірнов (ЮФ «Sayenko Kharenko»), Максим Шевердін (LCF Law Group), Михайло Харін (Регіональний центр з надання БВПД в місті Києві); **науковці** – Юрій Луценко та Тетяна Подорожна.

Круглий стіл відбувся завдяки активній участі **Олександра Водяннікова** – національного радника з юридичних питань, **Віталія Гацелюка** – національного менеджера програм з питань правової реформи, кандидата юридичних наук, заслуженого юриста України та **Іванни Джими** – національного спеціаліста проєктів з прав людини.

В даному збірнику містяться тези виступів лише деяких учасників круглого столу. Результати виступів, дискусій, рекомендацій та узагальнених пропозицій круглого столу стануть підґрунтям для подальших антикорупційних процесів в Україні.

БІЛОУС ІННА ОЛЕКСАНДРІВНА,
суддя-спікер Вищого антикорупційного суду

ДВА РОКИ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ: ПІДСУМКИ ТА ВИКЛИКИ

05 вересня 2019 року Вищий антикорупційний суд розпочав свою процесуальну діяльність. До завдань суду згідно зі статтею 3 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд» відносяться здійснення правосуддя відповідно до визначених законом засад та процедур судочинства з метою захисту особи, суспільства та держави від корупційних і пов'язаних із ними кримінальних правопорушень та судового контролю за досудовим розслідуванням цих кримінальних правопорушень, дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, а також вирішення питання про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави у випадках, передбачених законом, у порядку цивільного судочинства.

З початку процесуальної діяльності на розгляді Вищого антикорупційного суду як суду першої інстанції перебувало 340 кримінальних проваджень, 20764 скарг, заяв і клопотань у порядку судового контролю за досудовим розслідуванням кримінальних корупційних правопорушень, дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та 2 цивільних позови про визнання необґрунтованими активів та стягнення їх в дохід держави.

Найбільший відсоток (майже половину) з усієї кількості проваджень, що перебувають на розгляді Вищого антикорупційного суду, становлять так звані економічні злочини – підсудні Вищому антикорупційному суду кримінальні правопорушення, передбачені ст. 191 «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем» Кримінального кодексу України (далі – КК України) та ст. 364 «Зловживання владою або службовим становищем» КК України. Справи, пов'язані з пропозицією, наданням, одержанням неправомірної вигоди (ст. 368 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» КК України та ст. 369 «Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі» КК України) становлять 42 % від усіх проваджень, що їх розглядає

Вищий антикорупційний суд. Легалізація, відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом (ст. 209 «Легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом» КК України та ст. 366 «Службове підроблення» КК України) інкримінується разом з іншими кримінальними правопорушеннями, а тому кількість за цією категорією злочинів не може впливати на якісні характеристики кваліфікації проваджень. Провадження щодо обвинувачення за іншими статтями складають 3%.

Зазначені показники важливі для подальшого їх порівняння із категоріями справ, в яких ухвалені вироки, з метою окреслення певних тенденцій.

За кількісним складом обвинувачених, що, безумовно, впливає на загальний кількісний склад учасників провадження та безпосередньо відображається на можливості розглядати провадження протягом розумного строку, ситуація виглядає наступним чином: 41% справ, що перебувають на розгляді Вищого антикорупційного суду, стосуються одного обвинуваченого; 31% проваджень за обвинуваченням двох осіб; 12% проваджень стосуються трьох осіб; та 16% проваджень із кількістю обвинувачених від чотирьох до дванадцяти осіб.

Майже третину із проваджень, що перебувають на розгляді Вищого антикорупційного суду, становлять провадження, де обвинувачуються більше ніж три особи. Як співвідноситься дана характеристика із ухваленими Вищим антикорупційним судом вироками зазначимо далі.

За період процесуальної діяльності суду результатом розгляду кримінальних проваджень стало ухвалення 49 вироків, із яких 8 виправдувальних та 41 обвинувальний. Для порівняння із загальноукраїнською статистикою виправдувальних вироків, яка наявна за 2020 рік та здійснюється щодо кількості осіб, візьмемо еквівалентні одиниці виміру.

Так, Вищим антикорупційним судом у 2020 році ухвалено обвинувальні вироки щодо 23 осіб, а виправдувальні – щодо 2 осіб, що у відсотковому відношенні становить 8% від загальної кількості осіб, щодо яких увалено вироки. Натомість, місцевими загальними судами, у 2020 році обвинувальні вироки ухвалені щодо 78008 осіб, а виправдувальні – щодо 735 осіб, що у відсотковому відношенні становить 0,9 % від загальної кількості осіб, щодо яких увалено вироки. Відтак, у відсотковому співвідношенні така

статистика свідчить, що показник виправдувальних вироків у Вищому антикорупційному суді достатньо високий у порівнянні із загальними судами.

У 2021 році кількість виправдувальних вироків, ухвалених Вищим антикорупційним судом, зросла.

Щодо обвинувальних вироків, то із 41 вироку 15 ухвалено за результатами затвердження угод про визнання винуватості, що становить 37 % від загальної кількості обвинувальних вироків. Водночас, у чотирьох провадженнях суд відмовив у затвердженні угод, що становить п'яту частину від усіх угод, які були подані до суду для затвердження.

При цьому варто відмітити, що дискусійною є заборона застосування пільгових інститутів при визначенні покарання за корупційні кримінальні правопорушення саме за наслідками поданих до суду про визнання винуватості. Так, відповідно до положень закону про кримінальну відповідальність (ч. 1 ст. 75) заборонено застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням при визначенні покарання за корупційне кримінальне правопорушення. При цьому, ч. 2 ст. 75 КК України прямо не вказує на наявність такої заборони. Застосування ч. 2 ст. 75 КК України як спеціальної норми, що передбачає звільнення від покарання з випробуванням при ухваленні вироків на підставі угод, є необхідним, як з позиції сторони обвинувачення, так і з позиції сторони захисту. Більше того, застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням до осіб, які вчинили корупційні злочини, у випадку виконання умов затвердженої судом угоди, відповідає загальносвітовій практиці.

Разом з тим, позбавлення можливості застосування пільгових інститутів, в тому числі й ст. 75 КК України, до корупційних злочинів, мало на меті забезпечення невідворотності покарання та недопущення зловживань при призначенні покарання за такі злочини. Однак, кількість відмов у затвердженні угод про визнання винуватості у практиці Вищого антикорупційного суду (п'ята частина з поданих на розгляд суду) дає підстави стверджувати про надійний процесуальний фільтр, застосування якого виключає будь-які зловживання при ухваленні відповідних рішень.

Так, Вищим антикорупційним судом було відмовлено в затвердженні угод про визнання винуватості з наступних підстав:

1. не врахування прямої заборони укладати угоду про визнання винуватості з особами, які організовують вчинення особливо тяжких злочинів та керують їх вчиненням (ухвала Вищого антикорупційного суду від 21.04.2021 року, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96358209>);
2. не визначення обов'язку обвинуваченого компенсувати спричинену корупційним кримінальним правопорушенням шкоду, що суперечить суспільним та держаним інтересам, та відсутність беззастережного визнання винуватості обвинуваченим, не встановлення його сприяння в розкритті інших кримінальних правопорушень (ухвала Вищого антикорупційного суду від 11.03.2020 року, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88155381>);
3. не доведення активного сприяння обвинуваченого встановленню обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з чим суд дійшов висновку, що у випадку затвердження угоди про визнання винуватості, хоча і може бути забезпечена процесуальна економія та економія ресурсів кримінального судочинства, проте така економія не буде співмірною з обставинами та тяжкістю інкримінованого кримінального правопорушення, а також із передбаченою кримінальним законом мірою покарання за його вчинення (ухвала Вищого антикорупційного суду від 22.09.2021 року, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99835943>);
4. відсутність відомостей про ступінь та характер сприяння обвинуваченого у здійсненні досудового розслідування, не відповідність затвердження угоди інтересам суспільства з огляду на характер інкримінованого правопорушення.

Отже, питання застосування пільгових інститутів при визначенні покарання за корупційні кримінальні правопорушення при затвердженні судом угод про визнання винуватості є одним з найактуальніших питань у роботі суддів Вищого антикорупційного суду як з точки зору чіткого законодавчого врегулювання, так і з позиції їх застосування на практиці.

Щодо закриття кримінальних проваджень, то найбільш поширеними підставами для прийняття відповідного рішення стало визнання неконституційною ст. 366-1 «Декларування недостовірної інформації» КК України рішенням Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020 – за вказаною підставою закрито 13 із 30 кримінальних проваджень, та вплив строків давності

притягнення до кримінальної відповідальності – закрито 12 із 30 проваджень.

Серед проваджень, закритих за спливом строків давності, основна їх частина – справи щодо недостовірного декларування та недекларування. Органом, який виявляє факти недостовірного декларування є Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК), а органом, який уповноважений здійснювати досудове розслідування – Національне антикорупційне бюро (далі – НАБУ). Під час перевірки декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави, НАЗК виявляє факти недостовірного декларування, документує їх, та направляє відповідні матеріали до НАБУ для прийняття рішення про внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. У випадку, якщо таке рішення приймається, НАБУ, в порядку, визначеному Кримінальним процесуальним кодексом України, розпочинає збір доказів – по суті тих самих документів, що їх уже збрало НАЗК на етапі перевірки декларації, що призводить до значної втрати часу. Це, звісно, цілком процесуально обґрунтовано, але зовсім не сприяє дотриманню розумних строків розгляду кримінального провадження та, у більшості випадків, призводить до неможливості розгляду судами першої та другої інстанцій відповідних справ до спливу строків притягнення до кримінальної відповідальності. Держава повинна забезпечити ефективне досудове розслідування та судовий розгляд у передбачені законодавством строки, для чого було б доцільно внести зміни до законодавства, закріпивши за НАЗК повноваження органу досудового розслідування щодо недостовірного декларування чи недекларування.

Якщо проаналізувати вироки, ухвалені Вищим антикорупційним судом за категоріями злочинів, то можна помітити тенденцію, що співвідношення вироків щодо кримінальних правопорушень, передбачених ст. 191 «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем» КК України та ст. 364 «Зловживання владою або службовим становищем» КК України (економічні злочини), а також щодо кримінальних правопорушень, пов'язаних з наданням та одержанням неправомірної вигоди (ст. 368 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» КК України та ст. 369 «Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди

службовій особі» КК України) пропорційне до кількості надходжень справ таких категорій.

Щодо ухвалених вироків за кількістю обвинувачених, то переважна їх більшість ухвалена в провадженнях, де обвинувачується одна особа. Розгляд кримінальних проваджень за обвинуваченням двох і більше осіб зазвичай відбувається набагато повільніше. Можемо виділити об'єктивні та суб'єктивні причини такої тенденції, серед об'єктивних причин – пандемія, великий обсяг матеріалів кримінального провадження, які суд досліджує безпосередньо, значна кількість свідків; щодо суб'єктивних причин, то до них можемо віднести відповідну тактику сторони захисту, спрямовану на затягування розгляду провадження, неявку учасників без поважних причин, зловживання правом на захист та інші. Однак, жодна особа не повинна перебувати під тягарем обвинувачення невинувато тривалий час, саме тому і сторона обвинувачення, і сторона захисту повинні об'єднати зусилля з метою досягнення справедливості та законності під час розгляду судом справ про корупційні кримінальні правопорушення.

Підбиваючи підсумки, можемо зазначити, що загальна кількість осіб, щодо яких здійснюється провадження, та кількість проваджень, які надходять на розгляд до Вищого антикорупційного суду, постійно збільшується, така тенденція, ймовірно за все, збережеться і в подальшому, що свідчить про збільшення середнього навантаження на одного суддю та є своєрідним викликом.

Однак в народі кажуть, хоробрий не той, хто страху не знає, а той, хто дізнався і назустріч йому йде. Тому пошук шляхів вирішення проблемних питань, в тому числі шляхом вдосконалення чинного законодавства, уніфікації правозастосовчої практики є запорукою подолання існуючих викликів та досягнення завдань, що стоять перед Вищим антикорупційним судом.

БОДНАР СЕРГІЙ БОГДАНОВИЧ,
суддя Апеляційної палати
Вищого антикорупційного суду,
кандидат юридичних наук

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ: НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА КОНВЕНЦІЙНИЙ АСПЕКТИ

Право на якісну кваліфіковану правову допомогу є важливою складовою права на захист в кримінальному провадженні, яке проголошується як на національному рівні, так і на міжнародному¹.

Згідно національного законодавства, право на правову допомогу поширюється на всі етапи кримінального провадження, як то досудове розслідування чи судове провадження.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) з метою забезпечення цього права містить, зокрема, наступні вимоги.

Судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку. Судовий розгляд здійснюється в судовому засіданні з обов'язковою участю сторін кримінального провадження, крім випадків, передбачених КПК України (ст. 318 КПК України)².

Захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені КПК України та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого. Захисник зобов'язаний прибувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого. У разі неможливості прибути в призначений строк захисник зобов'язаний завчасно повідомити про таку неможливість та її причини слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд, а у разі, якщо він призначений органом (установою), уповноваженим законом

¹ Яновська О.Г. Окремі аспекти порушення права підозрюваного (обвинуваченого) на захист у кримінальному провадженні. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. С. 99-105.

² Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

на надання безоплатної правової допомоги, – також і цей орган (установу) (ч. 1, 2 ст. 47 КПК України)¹.

Відповідно до вимог ст. 324, 405 КПК України, неявка захисника у судові засідання як суду першої інстанції, так і суду апеляційної інстанції може бути підставою для відкладення судового розгляду справи. КПК України у ст. 52 встановлює випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. При цьому, у випадку неявки захисника в судові засідання у кримінальному провадженні, де участь захисника є обов'язковою, суд, відповідно до ч. 1 ст. 324 КПК України, повинен з'ясувати поважність причин неявки захисника, що не можливе без надання підтвердження наявності обставин, на які він посилається². В свою чергу, захиснику, як особі юридично обізнаній, відомо про обов'язок належного підтвердження поважності причин неявки.

Таким чином, акцент на імперативному характері кримінально-процесуальної норми та, водночас, на обов'язку забезпечення дотримання, зокрема, права особи на захист, свідчить про необхідність виконання адвокатом/захисником вищевказаного обов'язку.

Систематичне неприбуття захисника для участі в судових засіданнях має наслідком неспроможність останнього виконати покладені на нього обов'язки щодо здійснення належного захисту підозрюваного, обвинуваченого, внаслідок чого гарантовані законом права цієї особи на захист порушуються.

У вітчизняному кримінальному судочинстві найпоширенішою причиною відкладення судового розгляду є *неприбуття захисника*. Якщо неприбуття обвинуваченого, свідків і перекладача можна виправдати низьким рівнем правосвідомості і відповідальності, то щодо адвокатів таке виправдання є неможливим. Будучи професійним юристом, що здійснює захист прав та інтересів учасників процесу, адвокат не може не розуміти всієї важливості своєчасного розгляду кримінальної справи по суті³.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

² Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

³ Неприбуття захисника в судові засідання як підстава для відкладення розгляду кримінального провадження. URL: <https://www.dominuslegal.com/nepributtya-zahisnika-v-sudove-zasidannya-yak-pidstava-dlya-vidkladennya-rozglyadu-kriminalnogo-provazhennya/> (дата звернення: 27.09.2021)

Неявка адвоката в судові засідання без поважних причин, зокрема захисника у кримінальному провадженні, становить велику проблему в кримінальному судочинстві, оскільки в більшості випадків має наслідком зрив запланованого судового засідання. При цьому відкладення судового розгляду через неявку захисника порушує права інших учасників процесу на розгляд справи у розумні строки.

Окрім того, неявка захисника в судові засідання викликає зрозуміле невдоволення інших учасників процесу, які добросовісно виконують свої процесуальні обов'язки, відкладають інші важливі справи, щоб прийти в судові засідання. В результаті маємо ситуацію, за якої у наступне судові засідання може не з'явитися інший учасник судового розгляду, вважаючи, що також може дозволити собі таку поведінку. Все це призводить до затягування строків розгляду справи¹.

Відповідно до вимог ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»² та п. 42 Правил адвокатської етики³, представляючи інтереси клієнта або виконуючи функцію захисника в суді, адвокат зобов'язаний дотримуватися вимог чинного процесуального законодавства, законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність, про судоустрій і статус суддів, іншого законодавства, що регламентує поведінку учасників судового процесу, а також вимог Правил.

У відповідності до ст. 44 Правил адвокатської етики, адвокат не повинен вчиняти дій, спрямованих на невинуватене затягування судового розгляду справи.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своєму рішенні від 01 липня 2014 року у справі «S.A.S. проти Франції» (п. 6) визначив, що «зловживання правом» – це шкідливе здійснення права його

¹ Антонюк М. Щодо неявки сторони захисту. URL: <https://yur-gazeta.com/golovna/rivnist-uchasnikiv-sudovogo-procesu-standart-chi-pole-dlya-zlovzhivannya.html> (дата звернення: 27.09.2021)

² Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17/print> (дата звернення: 27.09.2021).

³ Правила адвокатської етики (затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 09 червня 2017 р.) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

власником в такий спосіб, який явно не відповідає або суперечить цілям, для яких таке право надане/створене¹.

Таким чином, як національне законодавство, так і практика ЄСПЛ вбачають у систематичному неприбутті захисника в судові засідання без поважних причин ознаки зловживання правами та перешкоджання проведенню судового розгляду у розумні строки.

Згідно вимог ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вчинення адвокатом дисциплінарного проступку є підставою для притягнення його до дисциплінарної відповідальності.

Відповідно до ч. 1 ст. 50 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури утворюється з метою визначення рівня фахової підготовленості осіб, які виявили намір отримати право на заняття адвокатською діяльністю, та вирішення питань щодо дисциплінарної відповідальності адвокатів. До повноважень кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури зокрема належать здійснення дисциплінарного провадження стосовно адвокатів².

Згідно підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або - за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника - одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя³.

За ст. 59 Конституції України, кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав⁴.

¹ CASE OF S.A.S. v. FRANCE. *Application no. 43835/11*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-198770"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата звернення: 27.09.2021)

² Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17/print> (дата звернення: 27.09.2021).

³ Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. *Голос України від 10.01.2001*. № 3.

⁴ Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 27.09.2021).

Згадане конвенційне та конституційне право особи конкретизоване у сфері кримінально-правових відносин у КПК України. Так, згідно ч. 2 ст. 20 КПК України, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права та забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника ¹. Активність суб'єктів щодо реалізації вищезазначеного обов'язку має чітко визначену спрямованість – *providere ius* (забезпечити право).

Таким чином, якщо обраний особою захисник (чи захисники) впродовж тривалого часу систематично без поважних причин не здійснює покладені на нього законом обов'язки, то, зокрема, слідчий суддя, суд, в силу приписів конвенційного та національного законодавств, повинен забезпечити право особи на кваліфіковану правову допомогу шляхом:

1. ініціювання притягнення захисника до дисциплінарної відповідальності у разі неналежного виконання/невиконання покладених на нього законом обов'язків;
2. вжиття заходів щодо призначення особі захисника уповноваженим органом (в порядку правової допомоги, що надається особі безоплатно за рахунок держави).

Апеляційна палата Вищого антикорупційного суду неодноразово, шляхом постановлення відповідних ухвал², порушувала перед

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

² Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 29 вересня 2020 року (справа № 991/2608/20, провадження № 11-cc/991/561/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91866149> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 04 березня 2021 року (справа № 991/2608/20, провадження № 11-cc/991/2/21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95333441> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 10 червня 2021 року (справа № 991/2608/20, провадження № 11-cc/991/2/21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97583029> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 19 серпня 2021 року (справа № 991/2608/20, провадження № 11-cc/991/2/21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99110580> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 03 вересня 2020 року (справа № 991/2605/20, провадження № 11-cc/991/375/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91310046> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 15 квітня 2021 року (справа № 991/2605/20, провадження № 11-cc/991/1/21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96303296> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого

кваліфікаційно-дисциплінарними органами адвокатури питання про дисциплінарну відповідальність адвокатів/захисників, які систематично, без поважних причин не з'являлися в судові засідання. Є їй відповідна практика вказаних органів.

Так, зокрема, у рішенні від 28 січня 2021 року, КДКА м. Києва зокрема відзначила, що «розглянувши ухвалу Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 29.09.2020 року по справі № 991/2608/20 та дослідивши всі наявні докази, об'єктивно оцінивши доводи, викладені в ухвалі суду та доводи адвоката ОСОБА_1, дисциплінарна палата КДКА м. Києва дійшла висновку про притягнення до дисциплінарної відповідальності адвоката ОСОБА_1 та накладення до адвоката дисциплінарного стягнення у виді попередження. Аналогічне даному рішенню є Рішення КДКА м. Києва № 437 від 28 січня 2021 року.

У Рішенні від 28 липня 2021 року «Дисциплінарна палата КДКА Київської області дійшла висновку, що в діях адвоката [ОСОБА_1] наявні ознаки вчинення дисциплінарних проступків, які передбачені пунктами 3,5 частини 2 ст. 34 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а саме: порушення Правил адвокатської етики та невиконання або неналежне виконання свої професійних обов'язків».

Згідно рішення від 19 серпня 2021 року «КДКА Київської області дійшла висновку про наявність в поведінці та діях адвоката ознак дисциплінарного проступку, який полягає в порушенні ч. 2 ст. 44 Правил адвокатської етики та неналежному виконанні своїх професійних обов'язків, що відповідно є підставою для порушення дисциплінарної справи відносно адвоката».

Отже, систематичне, без поважних причин неприбуття захисника в судові засідання створюють загрозу реалізації права підозрюваного, обвинуваченого на захист та перешкоджають проведенню судового розгляду у розумні строки. Як наслідок, особа, яка потребує кваліфікованої правової допомоги, зіштовхується

антикорупційного суду від 19 серпня 2021 року (справа № 991/2605/20, провадження № 11-cc/991/1/21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99110581> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 06 березня 2021 року (справа № 758/11219/16-к, провадження № 11-кл/991/8/21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95348785> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 27 квітня 2020 року (справа № 757/37692/19-к, провадження № 11-cc/991/61/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88951302> (дата звернення: 27.09.2021).

із неможливістю її фактично отримати. А це є неприпустимо як з позицій національного законодавства, так і Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Таким чином, активність суду щодо забезпечення реалізації покладених на захисника обов'язків має чітко визначену спрямованість – *providere jus* (забезпечити право).

Олександр Водянніков

к.ю.н., LL.M, національний радник з юридичних питань
Координатора проектів ОБСЄ в Україні

КОНСТИТУЦІЯ, ДЕМОКРАТІЯ І КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО: КОНЦЕПЦІЯ *ULTIMA RATIO*

Науково обґрунтоване дослідження сучасного кримінального права, його засад і принципів неможливе поза загальним контекстом постмодерної демократії, що постала після II світової війни. Соціальна катастрофа середини XX століття призвела не тільки до переосмислення ідеї конституції і конституціоналізму у повоєнний період, соціальна травма світових війн спричинила тектонічні процеси перегляду багатьох засадничих концепцій права як соціального феномену.

Ці процеси визначили розвиток кримінального права, як власне і інших галузей права за останні сімдесят років. Однак ці парадигматичні зміни в розумінні права в демократичній державі призвели до певної концептуальної невизначеності щодо функції та ролі кримінального права, критеріїв криміналізації і декриміналізації. Деякі дослідники сприймають цю проблему визначення як даність. Герберт Паркер вважав, що «визначення злочину є невідворотно тавтологічним. Злочином є все, що формально і авторитетно визначене як кримінальне ... злочин є діянням, за яке можуть настати наслідки, формально визначені як кримінально карані»¹. Але такий підхід не є прийнятним, адже мають існувати певні стандарти чи критерії, якими повинен керуватися в демократичній державі законодавець, визнаючи те чи інше діяння кримінальним правопорушенням.

Наразі практика криміналізації майже у всіх демократичних країнах є, певною мірою, формою «простого рішення», що залишається непозбавною спокусою для демократичного законодавця, адже криміналізація діяння не вимагає додаткових бюджетних витрат, глибокого аналізу соціального впливу і сприймається як ефективний популістський прийом в боротьбі за голоси виборців. Ця практика набула характеру феномену «кримінального популізму» (*penal*

¹ Packer H. THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION. Stanford: Stanford University Press, 1968. p. 18–19

*populism*¹⁾: як зазначає Нільс Йареборг, «Криміналізація регулярно використовується як перший засіб (*sola ratio*), частково тому що нова криміналізація не вимагає безпосередніх витрат, що мають бути враховані у бюджетних запитах органів кримінальної юстиції»². В теорії такого не повинно бути. Діяльність законодавця у такій чутливій для конституційних прав і свобод сфері як криміналізація повинна відповідати певним принципам і стандартам.

Постмодерний конституціоналізм ґрунтується на «Великій тріаді»: свобода – рівність – гідність. Ці три парадигматичні концепції знаходяться у рівному аксіологічному співвідношенні, тобто без ієрархічного підпорядкування між ними. Іншими словами ці концепції не є ізольованими; вони мають тлумачитися у взаємозв'язку³. Який вплив має ця парадигма конституційної демократії на кримінальне право в демократичній державі? Відповідь на це питання вимагає певного історичного екскурсу для визначення керівних ідей і рушійних сил, що визначили траєкторії розвитку як сучасного постмодерного конституціоналізму, так і сучасної парадигми кримінального права в демократичній державі.

Однак, незалежно від історичної конфігурації колективної пам'яті суспільства, що визначає співвідношення у «Великому

¹ Duff R., Farmer L., Marshall S., Renzo M., and Tadros V. *Introduction: Towards a Theory of Criminalization?* CRIMINALIZATION. THE POLITICAL MORALITY OF THE CRIMINAL LAW (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds.). Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 7.

² Jareborg N. *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*. OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW. 2005. Vol. 2, No. 2. P. 524.

³ Як зазначає Сюзан Баер,

«За відсутності когерентної концепції співвідношення між нашими фундаментальними правами, гідність, свобода та рівність розглядаються ізольовано і розуміються невідповідним чином. Так рівність розглядається або як субстантивна рівність, яка тлумачиться надто широко і несе ризик встановлення вимоги конкретних «егалітарних» результатів, або як формальна та симетрична рівність, що не тільки не здатна виправити системні несправедливості, але й підтримує їх як «відмінності» чи «розбіжності». Гідність, в свою чергу, розуміється або як абстрактний принцип, що часто отримує означення «цінності», який прочиняє двері партикулярному патерналізму, або визначається вузько, як право тільки проти ексцесів... Свобода може розглядатися у досить атомарний спосіб, подібний до власності, що втручається у дію інших прав – це, власне і було проблемою з доктриною справи *Lochner* в практиці Верховного Суду США...»

Baer S. *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*. THE UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL. 2009. Vol. 59, No.4. P. 418-419

трикутнику» і, як наслідок, структуру і ієрархію конституційних цінностей в конкретній державі, сучасна демократія будується на певних незмінних засадах, що апіорі встановлюють загальні конституційні рамки розсуду законодавця в царині кримінального права. Концепція *res publica*, переосмислена мислителями Просвітництва та діячами Американської і Французької революцій¹, і яку ми за історичною традицією називаємо демократією², вимагала наявності політичної громади формально рівних осіб. Урядування у такій громаді є справою всіх громадян, а свобода забезпечувалася згідно закону і через закон як акт загальної волі в руссіанівському сенсі. В цьому сенсі *res publica* виступає як суспільство, кероване правом, а не волею окремих особистостей. Як зазначає Філіп Петі, така роль управління за допомогою законів убезпечує членів політичної громади як від *imperium* так і від *dominium*³. Захист від *imperium* означає захист від свавільної влади тих, хто виступає від імені держави, захист від *dominium* – від свавілля приватних осіб⁴. Як підкреслює Річард Деггер, ця «подвійна безпека також пов'язується з республіканським наголосом на спільному інтересі

¹ У період Наукової революції, що завдячує своїм розвитком не в останню чергу віднайденню античних джерел і, як наслідок, відродженню античної філософської думки та традиції республіканізму, що згодом, у XVIII ст., надихатиме діячів Просвітництва і дасть ідеологічне підґрунтя Американській та Французькій революціям, «демократія» і «республіка» стають досить наближеними і подекуди синонімічними. Хоча це ідеологічне підґрунтя і філософська традиція зовсім не були ані «демократичними», ані егалітарними у сучасному розумінні, адже заперечували загальне виборче право, права жінок і толерували як колоніалізм, обстоюючи ідею «цивілізаторської місії», так і рабство. Див.: Crick B. DEMOCRACY : A VERY SHORT INTRODUCTION. Oxford : Oxford University Press, 2002. С. 5.

На відміну від наших сучасних уявлень давньоримське поняття *res publica* не передбачало певної політичної форми правління (напр. демократії). *Res publica* – це була персоніфікація міста Рима, спільноти громадян, що розглядалася як суб'єкт юридичних відносин, та яка вимагала певного політичного устрою, що ґрунтувався б на вимогах права. Див. Рулан Н. Историческое введение в право. Москва: Nota Bene, 2005. С. 116.

² Хоча те, що стародавні греки і римляни називали демократією, і те, що отримало цю назву в ході Великих революцій, є дещо відмінними явищами. Докл. див. Водянінников О. Демократія і конституція: приховані парадокси. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА : зб. наук. пр. 2020. Вип. 87. С. 25-29.

³ Див. Pettit P. REPUBLICANISM: A THEORY OF FREEDOM AND GOVERNMENT. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 112, 130.

⁴ Dagger R. *Republicanism and the Foundations of Criminal Law*. PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (R.A. Duff and Stuart P Green eds.). Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 47

або публічному блазі»¹. Адже, публічне благо, якому мають слугувати і право і держава, в свою чергу, включає публічний інтерес у захисті приватних інтересів як один від одного, так і від держави².

В цьому виникає безпосередній зв'язок між демократією і кримінальним правом. Концептуалізація ролі кримінального права в демократичному суспільстві як забезпечення безпеки індивіда від *imperium* (як в силу дії гарантій процесуальної справедливості, так і матеріальних гарантій *nullum crimen*, про які йдетиметься далі) та *dominium* (в силу криміналізації і встановлення кримінальної відповідальності за діяння, що посягають на життя, здоров'я, безпеку, власність тощо) означає, що кримінальне право має розглядатися крізь призму інструментарію побудови справедливого і демократичного суспільства. З такої точки зору проблематика визначення кримінального правопорушення зводиться до визначення поняття «публічного» в діянні, яке законодавець криміналізує. Адже злочином є не просто правопорушення, а саме публічне правопорушення на відміну від приватного правопорушення, яким опікується приватне право³.

Ця специфіка публічності як аспект *res publica*, парадигма свободи від *imperium* і *dominium* визначають аналітичні рамки для аналізу і реконструкції кримінального права в демократичному суспільстві. Однак цей аспект публічності є лише відправною точкою аналізу. Публічність як характеристика правопорушення виокремлює таке

¹ Ibid.

² Sellers M. REPUBLICAN LEGAL THEORY: THE HISTORY, CONSTITUTION AND PURPOSES OF LAW IN A FREE STATE. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 72

³ Ця кваліфікація злочину як публічного правопорушення навіть етимологічно закладена в терміні «кримінальне». Цей термін до більшості європейських мов (*crime* – англ.; *crime* – фр.; *crimine* – італ.; *crimă* – рум.; *crimen* – ісп.) потрапив через старофранцузьку (*crimne*) з латини (*crimen*), де він означав «обвинувачення». de Vaan M. ETYMOLOGICAL DICTIONARY OF LATIN AND THE OTHER ITALIC LANGUAGES. Leiden, Boston: BRILL, 2008. p. 110. В свою чергу цей латинський термін був запозичений з давньогрецької, в якій *κρίνω* означав «рішення», «судове рішення», «вирішення спору», «звинувачення», «притягнення особи до суду», «вирок». Liddell H., Scott R. A GREEK-ENGLISH LEXICON. Oxford: Clarendon Press, 1940. P. 996. Ця етимологія вказує на те, що саме поняття *crimen*, *κρίνω* виникає, власне, не із спроби визначити певне діяння як таке злочинним, а з процесу публічності і формалізованої реакції на певні діяння. Публічні обвинувачення проти порушників вели до визнання, що їхні діяння є злочинними і публічними, тобто такими, що обґрунтовують публічний процес і вирок. Див. Dagger R. *Republicanism and the Foundations of Criminal Law*. PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (R.A. Duff and Stuart P Green eds.). Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 51.

правопорушення з сукупності всіх правопорушень, розподіляючи їх на приватно-правові і публічно-правові. Але вона не є достатньою для встановлення стандартів і критеріїв криміналізації.

Тому має сенс звернутися до еволюції становлення сучасного кримінального права, виникнення його засад і принципів, що визначили субсидіарний характер кримінального права в сучасній демократичній державі. Цей аналіз дає можливість виокремити ті критерії допустимості криміналізації, що постали в сучасному конституціоналізмі після II світової війни.

Принципи *nullum crimen*: становлення *ultima ratio*

Період Великих кодифікацій кінця XVIII – початку XIX ст. став визначальним для сучасного кримінального права, адже в цей час відбувається становлення і концептуалізація системи основоположних принципів *nullum crimen*, що стали засадничими для сучасного кримінального права, і з середовища яких в другій половині XX ст. постане конституційна концепція *ultima ratio*.

Перше системне формулювання принципів *nullum crimen* і введення їх в науковий і практичний обіг здійснив Пауль Йоган Анзельм фон Фейербах¹. В 1801 році він сформулював «головну засаду» кримінального права: «Кожне правомірне покарання в державі є правомірним наслідком закону, що ґрунтується на необхідності збереження прав інших і загрожує за порушення прав

¹ Ці латинізми, сформульовані з претензією на історичне минуле і походження з римського права, насправді були «новомовою» епохи Великих кодифікацій. Фейербах виводив їх з природного права, послугуючись латиною як *lingua franca* часів Просвітництва. Однак в тій чи іншій мірі ще до класифікації Фейербаха певні елементи цих принципів *nullum crimen* можна знайти в пруському *Verbessertes Landrecht* 1721 року, шведському Законі Королівства 1734 року, баварському *Codex juris criminalis* 1751 року та австрійських *Constitutio Theresiana* 1769 року і *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen* 1787 року. Masferrer A. *Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence in Europe and Latin America*. THE WESTERN CODIFICATION OF CRIMINAL LAW. A REVISION OF THE MYTH OF ITS PREDOMINANT FRENCH INFLUENCE. (Aniceto Masferrer ed.). Cham: Springer, 2018. p. 12. Чезаре Беккарія, маркіз Гальдраско і Віллараджіо, в своєму трактаті «Про злочини і покарання» 1764 року, критикуючи середньовічний спадок *ius commune*, також обстоював ідею, що «...лише закони можуть встановлювати покарання за злочини і ця влада належить виключно законодавцю, який представляє все суспільство, об'єднане суспільним договором». BECCARIA. ON CRIME AND PUNISHMENT AND OTHER WRITINGS. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 12 Власне впливом Беккарія можна пояснити, чому перші принципи фон Фейербаха стосувалися покарання (*nulla poena*), а не злочину як такого.

суттєвим злом»¹. З цього «мета-принципу» він виводив три додаткові принципи:

(1) *nulla poena sine lege* (немає покарання без закону),

(2) *nulla poena sine crimine* (немає покарання без злочину),

(3) *nullum crimen sine poena legali* (немає злочину без законного покарання)².

В 1813 ці принципи були закріплені в Кримінальному кодексі Баварії³. Згодом в різні часи цей перелік був доповненим також

(4) *nullum crimen sine lege* (немає злочину без закону);

(5) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (немає злочину і покарання без заздалегідь встановленого закону), тобто цей принцип забороняє ретроактивну дію кримінального закону;

(6) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (немає злочину і покарання без писаного закону), тобто кримінальна відповідальність має бути передбачена виключно законом;

(7) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (немає злочину і покарання без визначеного закону), тобто склад злочину і кримінальна відповідальність за нього мають бути чітко визначені;

(8) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (немає злочину і покарання без строгого закону), це є заборонаю аналогії та розширеного тлумачення в кримінальному праві⁴.

І вже радянське кримінальне право додало до цього переліку ще один принцип:

¹ Фейербах П. Уголовное право. Санкт-Петербург: Медицинская типография, 1810. С. 19, § 19.

Разом з тим, з його праці не ясно, яким чином він вивів цю засаду (обґрунтування в цій праці зводиться лише до «з пояснення нашого можна вивести наступну головну засаду кримінального права...»). Однак дослідження цього питання «головної засади» наразі є суто питанням історичної науки – після Фейербаха ця «головна засада» швидко зникає з наукового дискурсу, а принципи *nullum crimen* набувають самостійного значення і розвитку.

² Там само. С. 19-20, § 20.

³ Masferrer A. *Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence in Europe and Latin America*. THE WESTERN CODIFICATION OF CRIMINAL LAW. A REVISION OF THE MYTH OF ITS PREDOMINANT FRENCH INFLUENCE. (Aniceto Masferrer ed.). Cham: Springer, 2018. p. 14

⁴ Див. Timmerman M. *LEGALITY IN EUROPE. ON THE PRINCIPLE NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE IN EU LAW AND UNDER THE ECHR*. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2018. P. 28-29

(9) *nulla poena sine periculo sociali* (нема покарання без суспільної небезпеки)¹.

І хоча «головна засада» кримінального права Фейербаха швидко зникла з наукового дискурсу, похідні від неї принципи *nullum crimen* залишаються визначальними для сучасного кримінального права під новим «мета-принципом» – принципом законності².

Під час кодифікації баварського кримінального права Пауль Фейербах обстоював ідею двох категорій караних діянь – злочинів і поліційних порушень (*contravention de police*), однак в ході роботи над проектом кодексу погодився на французьку модель з трьох категорій – злочинів, деліктів і порушень. З теоретичної точки зору такий поділ обґрунтовувався концепцією юридично захищених благ

¹ Див. Dubber M. *ULTIMA RATIO AS CAVEAT DOMINUS: LEGAL PRINCIPLES, POLICE MAXIMS, AND THE CRITICAL ANALYSIS OF LAW* (July 3, 2013). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2289479>.

Власне подібний критерій – «школа суспільству» – зустрічається ще у Чезаре Беккарія, в його класифікації злочинів. Див. BECCARIA. *ON CRIME AND PUNISHMENT AND OTHER WRITINGS*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 24.

Однак доктринальне обґрунтування ця концепція отримує в радянському кримінальному праві, в якому суспільно-небезпечним визнавалося дія чи бездіяльність, «що загрожує основам радянського ладу і правопорядку, встановленому робітничо-селянською владою на перехідний до комуністичного ладу період часу» (Ст. 6 Кримінального кодексу РСФРР 1922 р. Уголовный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики. Москва: Изд. Военной коллегии Верх. Трибун. ВЦИК, 1922, С. 2; ст. 6 Кримінального кодексу РСФРР 1926 р. Уголовный кодекс РСФСР. Москва: Юридическое изд-во НКЮ СССР, 1938. С. 4), а небезпека визначалася через оцінку як особистості злочинця, так і вчиненого ним діяння (Ст. 24 Кримінального кодексу РСФРР 1922 р. Уголовный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики. Москва: Изд. Военной коллегии Верх. Трибун. ВЦИК, 1922, С. 3).

Українське кримінальне право успадкувало цю концепцію, яка в Кримінальному кодексі України визначається через «істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі». Однак навіть після усунення ідеологічних елементів, концепція суспільної небезпеки відсилає до розсуду законодавця (а саме що є істотною шкодою, що вимагатиме саме криміналізації діяння, про яку шкоду йдеться, як визначити об'єкти кримінально-правової охорони, тощо).

² Див. Ashworth A. HORDER J. *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 57; Farmer L. *CRIMINAL LAW, TRADITION AND LEGAL ORDER. CRIME AND THE GENIUS OF SCOTS LAW, 1747 TO THE PRESENT*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. P. 23; Hall J. *GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1960. P. 27; Timmerman M. *LEGALITY IN EUROPE. ON THE PRINCIPLE NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE IN EU LAW AND UNDER THE ECHR*. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2018. P. 1.

(*Rechtsverletzung*)¹. Це дозволило декриміналізувати знахарство, богохульство, деякі діяння сексуального характеру. Однак спроба системної кодифікації поліційних порушень виявилась неможливою, адже у цій сфері жорсткі рамки принципів *nullum crimen* виявилися явно непридатними. І Фейербах і уряд Баварії погодилися, що всі ці правопорушення мають бути винесені поза рамки кримінального кодексу і включені до окремого кодексу поліційних порушень².

Ця нова доктрина принципів *nullum crimen* означала виокремлення кримінального від некримінального. В історичній перспективі вона стала ідеологічною основою для розбудови ідеї правової держави, тобто держави, що керується законами (що згодом стало розумітися як *Rechtsstaat*) на противагу ідеї *Polizeistaat* – загальної і від того свавільної компетенції держави щодо забезпечення «добропорядку» в суспільстві, в якій концепція *police* охоплювала всі аспекти внутрішньої політики, включаючи освіту, мораль, релігію, охорону здоров'я, безпеку, громадський порядок, боротьбу зі злочинами, промисловість, торгівлю, інфраструктуру, природні ресурси, тощо.

***Ultima ratio* в постмодерному конституціоналізмі**

Становлення принципів *nullum crimen*, по-перше, визначило фрагментарний характер кримінального права і, як наслідок, стало тим підґрунтям, на якому розвинулася концепція *ultima ratio*. Ця концепція означає, що криміналізація діяння може тільки тоді бути правомірною і обґрунтованою, коли інші засоби вирішення соціальної проблеми (за допомогою інструментарію адміністративного, цивільного, господарського права, тобто через некримінальні санкції чи регулювання) не є ефективними. Іншими словами, в її основі лежить розуміння субсидіарного характеру кримінально-правового регулювання, його «фрагментарний» характер.

Сам термін *ultima ratio* в контексті криміналізації і кримінального права з'являється в обігу наприкінці XIX ст. Ця концепція вперше була використана Антоні Моддерманом, міністром юстиції Нідерландів під час парламентських дебатів щодо проекту нового Кримінального кодексу в 1880 році: відповідаючи на питання парламентарів міністр

¹ Див. Härter K. *The Influence of the Napoleonic Penal Code on the Development of Criminal Law in Germany: Juridical Discourses, Legal Transfer and Codification*. THE WESTERN CODIFICATION OF CRIMINAL LAW. A REVISION OF THE MYTH OF ITS PREDOMINANT FRENCH INFLUENCE. (Aniceto Masferrer ed.). Cham: Springer, 2018. p. 67.

² Ibid.

зазначив, що кримінальне право має бути останнім засобом (*het laatste redmiddel*) при вирішенні різних проблем у суспільстві¹.

Введенням в конституційний дискурс цього терміну ми завдячуємо Федеральному Конституційному Суду ФРН, який в рішенні у справі про аборти 1975 року виклав позицію, згідно якої

«Якщо захист, передбачений Конституцією, не може бути забезпечений у будь-який інший спосіб, законодавець може бути зобов'язаний звернутися до інструментарію кримінального права для захисту життя, що розвивається. Кримінальна норма являє собою «*ultima ratio*» в інструментарії законодавчого органу. Відповідно до принципу пропорційності, що є частиною правовладдя і скеровує все публічне право, включаючи конституційне, він може використовувати ці засоби тільки у обережний і обачний спосіб»².

В рішенні 1993 року у другій справі про аборти Федеральний Конституційний Суд також підтвердив, що «В силу особливої інтенсивності втручання кримінальне право не повинно бути основним засобом юридичного захисту. Кримінальне право є *ultima ratio* такого захисту»³.

В іншому рішенні 2008 року у справі про конституційність кримінальної відповідальності за інцест Федеральний Конституційний Суд сформулював більш детально концепцію *ultima ratio*⁴:

«Принцип пропорційності вимагає – зважаючи, що загроза позбавлення волі також стосується гарантії свободи особи згідно зі статтею 2, пунктом 2, реченням 2 Основного закону (див. BVerfGE 90, 145 [172]) – щоб норма кримінального законодавства забезпечувала захист інших або суспільства. Кримінальне право використовується як «*ultima ratio*» захисту юридичних благ (*Rechtsgüterschutzes*), коли певне діяння, що порушує його заборону, є особливо соціально шкідливим і неприйнятним для впорядкованого співіснування людей, запобігання такому діянню є надзвичайно важливим. В силу соціально-етичного визначення неприпустимості, закладеного в погрозі

¹ Yoserwan, Elwi Danil, Kurnia Warman, Yulfasni. The Implementation of Ultimium Remedium Principle in Economic Criminal Law of Indonesia. Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues. 2019. Vol. 22, Issue 2. p. 2.

² *Schwangerschaftsabbruch I*. 39 BVerfGE, 1 (1975). URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>

³ Цит. за Kommers D. and Miller R. THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (3rd edn.). Durham and London: Duke University Press, 2012. P. 391.

⁴ *Geschwisterbeischlaf*. 120 BVerfGE, 224 (2008). URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html>

покарання, його присудженні і виконанні, заборона надмірності як мірило для перегляду кримінальної норми має особливе значення (пор. BVerfGE 90, 145 [172]; 92, 277 [326]; 96, 10 [25]). Але у принципі саме законодавець має визначати караність діяння в обов'язковому порядку. Він, у принципі, вільний визначати, чи слід запроваджувати захист певного юридичного блага (*Rechtsgut*), що на його погляд є необхідним, за допомогою інструментарію кримінального права, та яким чином це має здійснюватися...

Кримінальне положення повинно бути придатним і необхідним для досягнення визначеної мети. Засіб захисту є вже придатним, якщо він може бути використаний для сприяння очікуваним результатам. Немає потреби, аби таке сприяння фактично забезпечувалося у кожному індивідуальному випадку, достатньо, що воно може бути досягнуто, що існує можливість досягнення результату (cf. BVerfGE 96, 10 [23]). Таке положення є необхідним, якщо законодавець не міг би обрати інший, настільки ж ефективний, але не такий обтяжливий для основоположного права засіб. Оцінюючи придатність і необхідність обраних засобів для досягнення очікуваних цілей, а також оцінюючи та прогножуючи небезпеки, що загрожують окремії людині чи суспільству, законодавчий орган має свободу розсуду, яку Федеральний Конституційний Суд має поважати. Залежно від характеру питання, фактичних обставин, легітимних інтересів і можливості достатньо обґрунтованого судження конституційний контроль може бути лише обмеженим...

Зрештою, при оцінці серйозності втручання та обґрунтованості і невідкладності причин, що є його підставами, повинні бути збережені межі розумності для адресатів заборони (пропорційність у вузькому сенсі). Захід не повинен становити надмірний тягар. В сфері кримінальної відповідальності принцип вини (*Schuldprinzip*) і принцип пропорційності вимагають, щоб тяжкість злочину і вина порушника знаходилися у справедливому співвідношенні до санкції. Загроза покарання не повинна бути абсолютно неадекватною з точки зору типу та тяжкості караного діяння. Натомість, факти та правові наслідки мають бути належним чином узгоджені між собою. ...»

Ultima ratio, таким чином, є формою застосування конституційного принципу пропорційності в сфері кримінальної юстиції¹. З цього

¹ В англосаксонському праві аналогом *ultima ratio* є принцип мінімальної криміналізації (*principle of minimum criminalization*):

підходу можна вивести чотири критерії оцінки положень, що криміналізують певне діяння:

1. легітимність мети: криміналізація діяння повинна переслідувати легітимну мету;
2. придатність: кримінальне положення повинно бути придатним для досягнення легітимної мети (здатним забезпечити таке досягнення);
3. необхідність: інші правові заходи є неефективними чи непридатними для досягнення такої мети (пропорційність в широкому сенсі);
4. пропорційність у вузькому сенсі: тяжкість кримінального діяння і вина повинні справедливо співвідноситися з санкцією.

Другий момент, який впливає з концепції *ultima ratio* та принципу поділу влади, полягає в тому, що питання криміналізації діяння належать до виключної компетенції законодавця. Органи конституційної юрисдикції не можуть абстрактно визначати, які діяння можуть бути криміналізовані, а які ні. Їхня компетенція обмежена лише питанням, чи дотримався законодавець конституційних меж, стандартів і критеріїв. Як зазначає Адан Мартін,

«Основна ідея, що судді повинні бути дещо поступливими або поблажливими щодо законодавчих органів, ґрунтується на декількох засадах. По-перше, законодавчі органи представляють народ, що надає їм певну свободу розсуду чи дискреції. По-друге, слід зазначити, особливо, що стосується ЕСПЛ, що національний законодавець знаходиться у кращому становищі, аніж європейський суддя, щодо оцінки необхідності у запровадженні відповідних заходів, оскільки він має більше розуміння цього питання. Третя засада стосується відсутності емпіричних даних, що підтверджують ефективність положень кримінального законодавства»¹.

«Цей принцип ... полягає в тому, що сфера дії кримінального права має бути зведена до мінімуму ... Сенс цього полягає не у тому, щоб звести кримінальне право до абсолютного мінімуму, а у тому, щоб забезпечити, що звернення до криміналізації мало б місце тоді, коли необхідно захистити індивідуальну автономію чи захистити ті соціальні устої, що є необхідними для забезпечення здатності і спроможності індивідів здійснювати свою автономію... Навіть коли вбачається теоретично обґрунтованим криміналізувати певне діяння, таке рішення не повинно прийматися без урахування оцінки можливого впливу криміналізації, її ефективності, побічних наслідків і можливості вирішення проблеми за допомогою інших форм регулювання і контролю».

Ashworth A. *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 67-68.

¹ Martín A. *Saudade of the Constitution: The Relationship between Constitutional and Criminal Law in the European Context*. NEW JOURNAL OF EUROPEAN CRIMINAL LAW. 2019. Vol. 10, No. 1. P. 31.

Дискреція законодавця в сфері криміналізації у поєднанні з вимогами *ultima ratio* ведуть до застосування у підходах конституційного контролю презумпції конституційності *iuris tantum*¹: положення кримінального закону презумується конституційним, допоки не спростований хоча б один з критеріїв *ultima ratio*.

В практичній площині положення кримінального законодавства мають розглядатися як обмеження конституційних прав і свобод, тому оцінка конституційності кожного окремого положення має відбуватися відповідно до конституційних стандартів такого обмеження².

Ці конституційні стандарти оцінки конституційності кримінального закону дають певне розуміння критеріїв криміналізації в демократичному суспільстві. Однак, вони є недостатніми для відповіді на питання яке діяння має бути криміналізоване і чому. Оцінка конституційності відповідає лише на питання, чи правомірно вчинив законодавець, але питання як він мав вчинити, якими критеріями мав керуватися залишається в сфері розсуду законодавця.

Висновки

У вступі до своєї роботи «Надмірна криміналізація. Межі кримінального права» американський професор Дуглас Гусак зазначив: «Якість кримінальної юстиції є важливим мірилом цінності політичної спільноти. Окрім рішення про початок війни, жодне інше рішення, що приймається державою, не є більш важливим за її присуд про те, яка поведінка повинна бути забороненою і наскільки суворим має бути покарання за неї»³. Однак питання того, що має бути визнане злочином або кримінальним правопорушенням, яка поведінка є забороненою і яким має бути покарання за неї, все ще залишаються предметом доктринальних дискусій.

З такої точки зору слід вибудовувати теорію криміналізації, фокусуючись не на діянні як такому, а на меті. Такий аналітичний підхід, певною мірою, повертає нас до вихідної точки виникнення

¹ Щодо презумпції *iuris tantum* див.: Rudzkis T. Panomariovas A. *Legal Presumptions in the Context of Contemporary Criminal Justice*. HUNGARIAN JOURNAL OF LEGAL STUDIES. 2017. Vol.58, No. 3. p. 368-369

² Tuori K. *Ultima Ratio as a Constitutional Principle*. OŇATI SOCIO-LEGAL SERIES. 2013. Vol.3, No. 1. P. 12.

³ Husak D. *OVERCRIMINALIZATION. THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW*. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. vii.

кримінального права – концепції *police* як забезпечення добропорядку в суспільстві і концепції справедливості. Кримінальне право, відокремившись від *police* в ході Великих революцій і раціоналізації державного управління, не було позбавлене своєї парадигматичної мети – забезпечення умов існування громадянського суспільства¹. Іншими словами, кримінальне право не має незалежної мети, іншої ніж мета нормативного правопорядку загалом. Як зазнає Ліндсі Фармер, «... основним питанням є те, що криміналізація не має сенсу в ізоляції від сучасного характеру інституту кримінального права»².

Другий важливий момент – публічність: кримінальне право одночасно виконує публічну функцію захисту (забезпечення безпеки індивіда від *imperium* та *dominium*) і є публічним правом, що опікується захистом і підтриманням юридичних благ (*Rechtsgüter*).

Третій момент – кримінальне право не є тотожним моралі чи моральним законам. Воно є політичною інституцією держави. Тому теорія криміналізації не може бути універсальною – вона залежить від політичної концепції держави і суспільства і визначається через поняття ролі, яку кримінальне право має відігравати у конкретній політії³.

Якщо поглянути прискіпливіше на цей критичний науковий наробок, що суттєво відрізняється від «класичних» досліджень кримінального права, його головна наскрізна ідея полягає в необхідності дослідження кримінального права в його соціальному і історичному контекстах. Це, в свою чергу, означає переміщення фокусу дослідження на ширше питання легітимності кримінального права⁴.

¹ Див. MacCormick N. *INSTITUTIONS OF LAW: AN ESSAY IN LEGAL THEORY*. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 207

² Farmer L. *Criminal Law as an Institution: Rethinking Theoretical Approaches to Criminalization*. CRIMINALIZATION. THE POLITICAL MORALITY OF THE CRIMINAL LAW (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds.). Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 97

³ Див. Duff R., Farmer L., Marshall S., Renzo M., and Tadros V. *Introduction: Towards a Theory of Criminalization?* CRIMINALIZATION. THE POLITICAL MORALITY OF THE CRIMINAL LAW (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds.). Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 5.

⁴ Адже, як зазначає Ендрю Гальпін, «наголос на контексті означає заперечення будь-якого припущення, що правова доктрина може володіти окремою, неконтекстуальною, агісторичною легітимністю». Halpin A. *Definition in the Criminal Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004. p. 61

В такому розумінні кримінальна відповідальність є питанням публічної влади, що реалізується через процеси криміналізації, кримінального переслідування, судового розгляду і покарання¹. Питання криміналізації, її стандартів і критеріїв має розглядатися крізь призму фрагментарності і субсидіарності кримінального права, тобто через концепцію *ultima ratio*. Це вимагає звернення до більш широкого контексту, як історичного (тобто як виникає ідея окремої галузі кримінального права з її окремими принципами, методологією і *rationale*), так соціально-політичного (тобто звернення до питання ролі і функцій кримінального права в демократичному суспільстві, конституційних принципів, що є визначальними при прийнятті рішення про криміналізацію/декриміналізацію діяння).

¹ Ristroph A. *Responsibility for the Criminal Law*. PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (R.A. Duff and Stuart P Green eds.). Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 109.

ВОРОНІЖСЬКИЙ ЯРОСЛАВ ВОЛОДИМИРОВИЧ,
старший детектив Національного
антикорупційного бюро України

ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ ПРО ВИЗНАННЯ АКТИВІВ НЕОБГРУНТОВАНИМИ ТА СТЯГНЕННЯ ЇХ ДОХІД В ДЕРЖАВИ

Сучасні реалії в Україні зумовлюють публічний (суспільний) інтерес до проявів корупції та необхідності ефективної протидії ним з метою захисту особи, суспільства та держави.

Вперше визнання активів необгрунтованими та стягнення їх дохід в держави введено у США, Великобританії, Ірландії щодо злочинів в сфері незаконної торгівлі наркотичними речовинами та прекурсорами. У подальшому вказаний імплементовано в Австралії, Болгарії Ізраїлі, Ірландії, Канаді, Італії, Швейцарії та в багатьох інших країнах.

Підписавши та ратифікувавши Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 року (Угода про асоціацію), наша держава взяла на себе зобов'язання адаптувати національне законодавство (привести його у відповідність) до стандартів Європейського Союзу, у тому числі імплементувати Директиву 2014/42/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 3 травня 2014 року про замороження та конфіскацію засобів та доходів отриманих злочинним шляхом у Європейському Союзі (далі – Директива).

На підставі Угоди про асоціацію та Директиви у главі 12 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) передбачено можливість визнання активів необгрунтованими та їх стягнення в дохід держави.

Питання застосування конфіскації в рамках кримінальних проваджень та поза кримінальним переслідуванням (розширеної конфіскації) були предметом дослідження таких вітчизняних вчених, як Л.І. Заморської, Є.В. Білозьорова, О.Б. Горової, А.М. Завального, Н.В. Зайця, О.Д. Тихомирова, Г.М. Стахира, І.Г. Богатирьова, А.О. Винника, І.М. Гончарова, А.М. Давидюка, О.В. Дзери, Є.О.

Харитоновна, О.О. Колотило, К.Г. Некіт, А.М. Яценка, В. Зубаря, М.І. Хавранюк, Є.Я. Хариної, А.В. Біцюка та інших, в роботах яких аналізуються підстави застосування конфіскації в рамках кримінального переслідування, конфіскації, спеціальної конфіскації та застосування цивільно-правових підстав вилучення майна у особи та їх порівняльний аналіз.

Разом з тим, науковцями не досліджено предмет доказування та не визначено особливості збирання, дослідження та оцінки доказів у цивільних справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави.

Одержання неправомірної вигоди має своїм наслідком набуття необґрунтованих активів, що є головним мотивом для більшості корупційних діянь.

Збирання доказів необґрунтованості активів може відбуватись, як під час розслідування корупційних кримінальних правопорушень, так і в процесі виконання Національним антикорупційним бюро України (далі – НАБУ) та Спеціалізованою антикорупційною прокуратурою Офісу Генерального прокурора (далі – САП) свої обов’язків та реалізації повноважень.

Поява механізму визнання активів необґрунтованими тісно пов’язана з імплементацією міжнародних конвенційних норм щодо протидії незаконному збагаченню та інших корупційних кримінальних правопорушень.

Визнання активів необґрунтованими та їх стягнення в дохід держави ефективним способом для протидії корупційним правопорушенням в рамках цивільного судочинства і припинення легалізації таких доходів, оскільки цивільна конфіскація позбавляє правопорушників одержаних ними матеріальних об’єктів, походження яких вони не можуть пояснити переконливими доказами.

Основною метою цивільної конфіскації є встановлення необґрунтованих активів (принцип «inrem»), а не переслідування особи правопорушника (принцип «inpersona»).

Відповідно до ст. 20 Конвенції ООН **проти корупції** від 31.10.2003, закон України про ратифікацію якої набрав чинності 01.01.2010 Кожна Держава-учасниця з метою надання взаємної правової допомоги відповідно до статті 55 цієї Конвенції щодо майна, придбаного в результаті вчинення будь-якого зі злочинів, визначених цією Конвенцією, або використаного під час вчинення

злочинів, відповідно до свого внутрішнього права: с) розглядає питання про вжиття таких заходів, які можуть бути необхідними, щоб створити можливість для конфіскації такого майна без винесення вироку в рамках кримінального провадження у справах, якщо злочинець не може бути підданий переслідуванню з причини смерті, переховування або відсутності чи в інших відповідних випадках.

Згідно з Директивою 2014/42/ЄС Європейського парламенту та Ради конфіскація необґрунтовано отриманих активів може проводитися на підставі остаточного обвинувального вироку суду, а також без такого, якщо є неспростовні докази скоєння протиправних дій і неможливості кримінального переслідування підозрюваного. Необґрунтовані активи можуть бути конфісковані, навіть якщо вони вже були передані третім особам (або в порядку реституції, або якщо активи були передано безоплатно або за ціну, набагато менше ринкової).

Слід зауважити, що Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) визнає конфіскацію активів поза межами кримінального провадження такою, що не суперечить презумпції невинуватості, не порушує майнових прав та заборон покарання без закону (рішення у справах «М проти Італії», «Оторіно проти Італії», «Аркурі проти Італії», «Рієла та інші проти Італії», «Батлер проти Сполученого Королівства», «Уолш проти Сполученого Королівства», «Гогітідзе та інші проти Грузії»).

Так, у п. 105 рішення у справі «Гогітідзе та інші проти Грузії» від 12.05.2015 ЄСПЛ зазначено, що правові стандарти допускають: 1) конфіскацію майна, пов'язану з серйозними кримінальними злочинами (корупція, відмивання коштів, оборот наркотичних засобів) без попереднього кримінального обвинувачення; 2) переведення тягара доведення законності походження майна на відповідачів цих некримінальних проваджень про конфіскацію, зокрема цивільних проваджень «in rem»; 3) конфіскацію майна і доходів, отриманих шляхом конвертації або перетворення цінностей, отриманих злочинним шляхом, або змішаного з іншим майном, що має законне походження; 4) застосування конфіскації до будь-яких осіб, які володіють майном без необхідної добросовісності.

Цивільна конфіскація не є покаранням та не порушує права власності згідно з трьома критеріями, які використовує в своїй практиці ЄСПЛ. По-перше – критерій законності (цивільна

конфіскація передбачена законом). По-друге – такі заходи мають переслідувати законну мету (боротьба з правопорушеннями та злочинністю). По-третє – національні органи мають дотримуватись принципу пропорційності – якщо людина набула активів на певну суму, то національні органи не можуть подати позов на цивільну конфіскацію активів на більшу суму від суми набуття активів.

В Україні допустимим втручанням у право власності є конфіскація активів, при умові, що вказана цивільна конфіскація застосована за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом (ч. 6 ст. 41 Конституції України).

Цікавим нововведенням по доведенню в даній категорії справ є наступна норма: «У справах про визнання необґрунтованими активів і їх стягнення в дохід держави суд виносить рішення на користь тієї сторони, докази якої були більш переконливими в порівнянні з доказами іншої сторони».

Чому з'явився механізм визнання активів необґрунтованими і стягнення їх в дохід держави не тільки в Україні, а в іноземних державах.

1. у деяких випадках, неможливо знайти докази причетності особи до кримінального правопорушення або іншого правопорушення, у процесі доказування якого можливо було б встановити протиправність набуття активів, винність особи у вчиненні правопорушення;
2. фактично дозволяє використати більш простий і швидкий механізм доведення необґрунтованості активу, тобто його набуття уповноваженою особою поза встановленою процедурою;
3. використання принципу змагальності сторін у цивільному процесі, на відміну від кримінального процесу, де обов'язок доказування покладається на сторону обвинувачення.

Станом на сьогоднішній день проблемними питаннями доказування та такого елементу доказування, як збір доказів є:

1. встановлення предмету доказування: зв'язок активу з особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування та необґрунтованість активу, тобто наявність визначеної частиною другою статті 290 цього Кодексу різниці між вартістю таких активів та законними доходами такої особи;
2. проблема доказування стосовно можливості уповноваженої особи прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними (як правило

набуття необґрунтованого активу на користь третіх осіб здійснено з метою користування ним, а не розпорядження);

3. застосування частини 4 статті 290 Цивільного процесуального кодексу України, щодо набуття у власність необґрунтованих активів **за дорученням** особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, оскільки вказане може трактуватися як придбання на підставі договору доручення, врегульованого нормами глави 68 Цивільного кодексу України. Проте, як засвідчує досвід, особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, доручають третім особам, як правило родичам здійснювати набуття активів без офіційного оформлення доручення;
4. при поданні первинних декларацій суб'єкти декларування щодо яких може бути застосовано положення глави 12 ЦПК України, вказали значні розміри готівкових коштів або коштів на банківських рахунках, які не підтверджуються їх законними доходами та доходами членів їх сімей та близьких. Після цього набуто активи, які не обґрунтовуються законними доходами. Чи є необґрунтованими активи вказані у первинних Деклараціях, поданих після набрання чинності положеннями глави 12 ЦПК України, якщо вони не підтверджуються законними доходами особи та членів її сім'ї;
5. для розрахунку різниці між вартістю таких активів та законними доходами використовуються лише доходи особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (далі – особи), або особи і членів її сім'ї, або особи, членів її сім'ї та третьої особи, якою набуто такий актив;

При буквальному тлумаченні має враховуватись лише законні доходи особи.

1. незважаючи на внесення змін до частини четвертої статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність» до яких заборона надавати інформацію про клієнтів іншого банку не належить до випадків, коли така інформація надається відповідно до вимог пунктів 3, 31 та 32 статті 62 вказаного Закону, у Правилах зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці» (далі – Правила), затверджених постановою Правління Національного банку України від 31.01.2020 № 13 не передбачено розкриття такого важливого елементу інформації щодо отримувача платежу

як «номер рахунку отримувача», що ускладнює процес збирання доказів при проведенні кількох операцій з перерахування коштів;

2. відсутність можливості одержання інформації з телекомунікаційних мереж від операторів послуг зв'язку на етапі збору доказів та не врегульованість цього питання у ЦПК України. Вказана інформація може бути важливим елементом доказування, зв'язку активу з особою, так і доказом його необґрунтованості;
3. не визначено можливість використання матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій, розсекречених у порядку, встановленому законом, наскільки таке використання є допустимим;
4. визначення сторін у справі, відповідачем завжди є особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зазначені у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції», вказаний перелік є значно ширшим, ніж суб'єкти, передбачені ч. 5 ст. 216 КПК України, стосовно яких Національне бюро здійснює досудове розслідування кримінальних правопорушень, з іншої сторони, якщо актив набуто третьою особою і він підлягає стягненню в дохід держави, то обов'язково треба визначати таку особу в якості третьої.

Таким чином, Національне бюро має здійснювати збір доказів необґрунтованості активів не лише щодо вищих посадових осіб органів державної влади та місцевого самоврядування, а і щодо будь-якого державного службовця категорії «В», прокурора окружної прокуратури, посадової особи органу місцевого самоврядування, які не є суб'єктами вчинення кримінальних правопорушень, підслідних бюро.

Іноземні науковці виділяють три типи держав в залежності від суб'єктного складу щодо якого можливе застосування «розширеної» (так званої цивільної конфіскації):

1. У Великій Британії та Канаді до необґрунтованих активів, пов'язаних з їх набуттям за наслідками вчинення корупційних кримінальних правопорушень, кримінальних правопорушень, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів та кримінальних правопорушень, вчинених організованою злочинністю, при чому відсутні докази безпосередньої участі осіб, якими набуваються такі активи у вчиненні зазначених кримінальних правопорушень, проте наявний опосередкований зв'язок активу і кримінальних правопорушень.

2. У Австралії до будь-яких активів, які не підтверджуються законними доказами. Найбільш широке застосування розширеної конфіскації дозволяє виявляти та стягувати в дохід держави будь-які активи, які не пояснюються доказами, як опосередковано пов'язані з вчиненням кримінальних правопорушень, так і взагалі не пов'язані з ними, проте які не пояснюються законними доходами.
3. У всіх інших країнах застосовується розширена конфіскація лише щодо публічних діячів та активів, що прямо чи опосередковано, пов'язані з набуттям ними.

До таких країн належить і Україна.

1. визначення ціни позову, у разі визнання активу необґрунтованим і стягнення його в дохід держави. Ціною позову буде весь актив, або лише вартість його частини, який не підтверджується законним доходом.
2. реалізація повноважень бюро щодо доступу до баз даних органів державної влади та місцевого самоврядування згідно з абзацем третім пункту 3 статті 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» та порядок подання інформації з таких реєстрів, як доказів до суду;

Вказану інформацію, як правило, отримано в електронному вигляді та подано до суду у роздрукованому вигляді, як додаток до позову; не визначено порядок засвідчення такої інформації.

З приводу цього висловлено позицію Верховного Суду від 29 січня 2021 року у справі № 922/51/20, учасник справи на обґрунтування своїх вимог і заперечень має право подати суду електронний доказ в таких формах: 1) оригінал; 2) електронна копія, засвідчена електронним цифровим підписом; 3) паперова копія, посвідчена в порядку, передбаченому законом. Паперова копія електронного доказу не вважається письмовим доказом, однак є однією з форм, у якій учасник справи має право подати електронний доказ (частина третя статті 96 ГПК України), який, у свою чергу, є засобом встановлення даних, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутності обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи (пункт 1 частини другої статті 73 ГПК України).

Таким чином подання електронного доказу в паперовій копії саме по собі не робить такий доказ недопустимим. Суд може не взяти до увагу копію (паперову копію) електронного доказу у випадку, якщо оригінал електронного доказу не поданий, а учасник справи або суд ставить під сумнів відповідальність поданої копії (паперової копії) оригіналу.

Разом з тим, остаточно не визначено, яким чином здійснюється засвідчення паперової копії електронного доказу.

1. ще однією проблемою визнання судом активів необґрунтованими та стягнення їх в дохід держави для окремих суб'єктів не є підставою для їх звільнення, до яких подається позов, зокрема народних депутатів. Необхідно виробити механізм припинення повноважень народного депутата у разі визнання його активів необґрунтованими, який відповідав би Конституції України або внести відповідні зміни до неї;
2. можливість застосування механізму Глави 12 ЦПК України, у разі якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, вже припинила свою діяльність, при цьому актив набуто під час виконання такої діяльності;
3. можливість визнання активів необґрунтованими та звернення стягнення на активи, у разі передання їх в іпотеку або застосування особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування інших засобів обтяження, що маскує їх необґрунтованість та фактично ускладнює їх вилучення на користь держави.

ГАЛАБАЛА МАРКІЯН ВАСИЛЬОВИЧ,
суддя Вищого антикорупційного суду,
кандидат юридичних наук

ДВА РОКИ АНТИКОРУПЦІЙНОМУ СУДУ: ВИКЛИКИ І ЗАГРОЗИ

Нещодавно Вищий антикорупційний суд (надалі – ВАКС) відзначив другу річницю своєї процесуальної діяльності. Незважаючи на доволі високі показники роботи на інституцію чатує низка небезпек.

Завищені очікування.

Протягом діяльності ВАКС постановив 34 вироки за результатами повноцінних судових розглядів. Це багато. Адже до моменту створення суду вироки у справах, де стороною обвинувачення були Національне антикорупційне бюро та Спеціалізована антикорупційна прокуратура, можна було порахувати на пальцях однієї руки. З такими позитивними висновками в цілому погоджується й професійна юридична спільнота. Але в очах середньостатистичного українця вищевказані результати залишаються невидимими. Повідомлення про ці 34 судові рішення просто потонули у інформаційному морі. Українська громада хоче бачити фінальну крапку у гучних справах.

Відтак, аби «люди не бідкались, а влада не розводила руками» слід негайно підвищувати ефективність ВАКС. Це можна зробити як шляхом внесення змін до законодавства – розширення можливостей для укладення угод про визнання вини, часткове скасування колегіального розгляду справ, так і шляхом збільшення кількості суддів.

Визнання закону про ВАКС неконституційним.

Конституційний Суд здійснює провадження щодо визнання неконституційним Закону «Про Вищий антикорупційний суд» на підставі подання ряду народних депутатів України з фракції політичної партії «Опозиційна платформа – за життя». Один з доводів парламентарів – нібито участь іноземців у процедурі добору суддів ВАКС є посяганням на суверенітет. Віднедавна майбутня відповідь КС України на це питання набула особливого значення у зв'язку з набуттям чинності ініційованими главою держави законами про оновлення складу Вищої ради правосуддя та відновлення

роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів. У цих двох конкурсних процедурах добору також мають взяти представники наших міжнародних партнерів. Тобто позиція Конституційного Суду щодо участі міжнародників у відборі суддів ВАКС напряду вплине на судову реформу Президента Зеленського, конституційність якої нещодавно оскаржив Верховний Суд [1]. Як видається, підлив масла у вогонь і Окружний адміністративний суд міста Києва – він вказує на «іноземних агентів», «провідників інтересів іноземних держав та міжнародних організацій», які «втручаються» у діяльність державних органів України шляхом участі в роботі кадрових комісій [2].

Недоліки законодавства

У першу чергу ВАКС керується Кримінальним та Кримінальним процесуальним кодексами. Системні проблеми та пробіли у КК стали вже притчею во язицех. Це якщо не брати до уваги школярських помилок законодавця на кшталт посилання в кодексі на нечинні закони, неможливість призначення окремих покарань, використання термінології злочинного світу тощо. Як показує досвід, внесення точкових змін до КК лише погіршує ситуацію. Відтак на часі – прийняття нового закону про кримінальну відповідальність. Робоча група з питань розвитку кримінального права перебуває на завершальній стадії розробки його проєкту [3].

Не завадять також зміни до КПК. Ним не задоволені ні сторона обвинувачення, ні сторона захисту, ні судді.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Пленум Верховного Суду звернувся до КСУ з поданням щодо конституційності окремих положень Закону № 1635-IX. Київ. 2021. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1192170/>
2. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100222521?fbclid=IwAR2OVbraFNis59IEcPauEOAnuJkeLH8g7o1X8w3wPnIPAXa0Gt84ZIU42qY>
3. Реформування кримінального законодавства України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/>

Гацелюк В.О.

к.ю.н., старший науковий співробітник
відділу проблем кримінального права,
кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
імені В.М. Корецького НАН України

ЗАСОБИ АРГУМЕНТАЦІЇ ВИСНОВКУ ПРО НЕКОНСТИТУЦІЙНІСТЬ СТАТТІ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК У РІШЕННІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЩОДО СТАТТІ 375 КК УКРАЇНИ

Одним із важливих «сюжетів» у діяльності Конституційного Суду України, які безпосередньо впливають на ефективність кримінальної юстиції та забезпечення доступу до неї, останніми роками стали рішення щодо неконституційності окремих статей Особливої частини КК.

У одній з таких справ¹ суб'єкт права на конституційне подання – 55 народних депутатів України – звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням визнати такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 375 Кримінального кодексу.

У цьому випадку перед Судом було поставлено питання щодо неконституційності конкретної статті Особливої частини, але при цьому додатково наведено її повний зміст. Аналізуючи криміналізацію цього діяння, Суд з самого початку ставить її обґрунтованість та доцільність під сумнів: «дослідження в історичному контексті статті 375 Кодексу дає підстави вважати її невдалим наслідуванням юридичної практики радянської держави. Радянська юридична та політична системи уможливлювали використання такої норми для контролю над суддями і впливу на них». Водночас використання логічної конструкції «стаття кодексу як наслідування юридичної практики» навряд чи можна визнати досконалим, адже текст

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України від 11 червня 2020 року №7-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

законодавчого акту та юридична практика (навіть у сенсі «юридична практика держави») не є тотожними поняттями.

Далі Суд робить висновок, що у статті 375 Кодексу «не встановлено критеріїв, за якими можна визначити, який вирок, рішення, ухвала або постанова судді (суддів) є «неправосудними», а також не розкрито змісту сполучення слів «завідомо неправосудний», що уможливорює неоднозначне розуміння складу злочину, кваліфікацію якого здійснено за цією нормою ... Конституційний Суд України вважає, що остаточне судове рішення не може бути переглянуто, крім встановлених процесуальними законами випадків його перегляду відповідним судом, що виключає можливість оцінювати таке рішення слідчим, прокурором при вчиненні ними дій, які мають наслідком притягнення судді до кримінальної відповідальності».

Ця теза є дуже важливою, оскільки вона означає, що набрання чинності судовим рішенням в такому разі має наслідком «абсолютний імунітет» рішення та судді, що його постановили. Проте, відповідно до пункту 3 частини третьої статті 423 ЦПК України, однією з підстав для перегляду судового рішення у зв'язку із винятковими обставинами, є встановлення вирокон суду, що набрав законної сили, вини судді у вчиненні кримінального правопорушення, внаслідок якого було ухвалено судове рішення. Відповідно, на нашу думку, говорити про оцінку остаточного судового рішення з боку слідчого чи прокурора немає підстав. Їхня функція полягає у кримінально-правовій кваліфікації та доведенні вини особи у вчиненні кримінального правопорушення.

У той же час, на думку Суду, формулювання диспозиції статті 375 Кодексу допускає можливість зловживання нею під час вчинення органами досудового розслідування дій, що мають наслідком притягнення до кримінальної відповідальності судді лише за факт постановлення ним судового рішення, яке, за суб'єктивним розумінням слідчого, прокурора або будь-якої іншої особи, є «неправосудним» (зокрема, у разі незгоди з цим рішенням). Очевидно, ця теза виглядає недостатньо обґрунтованою, адже вирок виносить суд, а попередня кримінально-правова кваліфікація не означає автоматичного визнання особи винною. В той же час в ході досудового розслідування суддя має достатні гарантії незалежності, визначені кримінальним процесуальним законодавством.

Слід звернути увагу на те, що у судовій практиці наявні вироки за наслідками постановлення завідомо неправосудних рішень, які (рішення) були скасовані судами апеляційної чи касаційної інстанцій, в тому числі із постановленням окремих ухвал¹ чи у зв'язку з грубим порушенням норм матеріального та процесуального права під час її прийняття². Є й виправдувальні вироки, постановлені з огляду на недоведеність звинувачення, хоча суд чітко визначає, що загалом складає зміст поняття «винесення неправосудного вироку»³. Наприклад, у виправдувальному вирокі Шевченківського районного суду міста Києва зазначено таке: «Оцінивши вказані вище обставини, суд не знаходить у діях ОСОБА_1 ознак, які б свідчили про те, що постановлена нею 19.09.2014 ухвала була завідомо неправосудною. Так, прокурором не надано доказів того, що ОСОБА_1 при постановленні зазначеної ухвали умисно та грубо порушила норми процесуального чи матеріального права або ж керувалася відомостями, отриманими не в судовому засіданні, не надано прокурором також і доказів існування будь-яких домовленостей між ОСОБА_1 та іншими особами про прийняття саме такого рішення, так само, як і не надано доказів того, що постановлення саме такого рішення відповідало особистим, поза процесуальним, інтересам ОСОБА_1 або інших осіб»⁴.

Отже, слідчим шляхом встановлюються обставини ухвалення рішення, невідповідність якого нормам матеріального та / чи процесуального права була встановлена саме за результатами перегляду цих рішень іншими судами у встановленому процесуальним законом порядку. Тобто говорити про те, що слідчий самостійно дає оцінку судовому рішення, на нашу думку, підстав немає.

Більше того, Конституційний Суд вважає, що «виходячи з гарантованого Конституцією України принципу незалежності суддів, оспоровані положення Кодексу, якими визначено діяння, що є злочинами, суб'єктом яких є суддя, має бути сформульовано законодавцем так, щоб державний орган, будь-яка посадова

¹ Вирок Апеляційного суду Житомирської області від 4 березня 2010 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/8304872> (дата звернення: 23.11.2020).

² Вирок Київського районного суду міста Одеси від 15 травня 2017 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/67024918> (дата звернення: 23.11.2020).

³ Вирок Апеляційного суду Запорізької області від 26 травня 2010 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/9691281> (дата звернення: 23.11.2020).

⁴ Вирок Шевченківського районного суду міста Києва від 25 серпня 2020 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91799001> (дата звернення: 23.11.2020).

особа були не в змозі використати їх як спосіб впливу на суддю та втручання у здійснення ним правосуддя». Таке формулювання саме по собі є до певної міри юридично невизначеним, адже важко уявити собі норму КК, яка використовується правомірно для тиску на суддю, для цього відповідна особа має зловживати своїм правом слідчого чи прокурора. В той же час, якщо тиском вважати досудове розслідування будь-якого злочину, суб'єктом якого є суддя, то логічним висновком з цієї тези Суду була б пропозиція встановлення окремого кримінального законодавства для суддів. Інакше, реєстрація кримінального провадження у зв'язку із вчиненням суддею вбивства чи іншого загальнокримінального злочину вже може вважатися тиском і втручанням у здійснення правосуддя.

І якщо визначення «неправосудне рішення» незважаючи на його присутність у тексті Конституції¹ та рішеннях Конституційного Суду² можливо і заслуговувало на доктринальне тлумачення або визначення у самому тексті кримінального закону³, то поняття «завідомість» є широковживаним у царині кримінального права елементом прямого умислу⁴.

¹ У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням (частина четверта статті 62).

² Конституційний Суд України стверджував, що положення частини другої статті 126 Конституції України «вплив на суддів у будь-який спосіб забороняється» треба розуміти як забезпечення незалежності суддів у зв'язку зі здійсненням ними правосуддя, а також як заборону щодо суддів будь-яких дій незалежно від форми їх прояву з боку державних органів, установ та організацій, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, фізичних та юридичних осіб з метою перешкодити виконанню суддями професійних обов'язків або схилити їх до винесення неправосудного рішення тощо» (Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення положень частин першої, другої статті 126 Конституції України та частини другої статті 13 Закону України «Про статус суддів» (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 1 грудня 2004 року № 19-рп/2004). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-04#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

³ Хоча, як свідчать законопроекти на цю тему, подані на розгляд парламенту після декриміналізації статті 375 КК, це поняття майже одноставно розглядається як певна сукупність елементів-порушень матеріального або процесуального права чи неналежне обґрунтування, які є підставою для скасування рішення судом апеляційної чи касаційної інстанції.

⁴ І тут є повна відповідність із тим, що, як слушно зазначив у цитованому рішенні Конституційний Суд, Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) у Доповіді стосовно незалежності судової влади, схваленій на 82-му пленарному засіданні, яке відбулось 12-13 березня 2010 року, встановлюючи межі «функційного імунітету суддів», визначила його як імунітет від кримінального пере-

Утім, констатувавши порушення низки норм Конституції чинною на той момент редакцією статті 375 КК, Суд визнав за доцільне відтермінувати втрату чинності цією статтею на шість місяців з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про її неконституційність, скориставшись положеннями статті 152 Конституції та статті 91 Закону України «Про Конституційний Суд України». Формально-юридично стаття протягом півроку ще є повноцінною текстуальною складовою КК України, але чи можна визнати правосудним вирок, винесений за діяння, що заборонене неконституційною нормою? Адже відтермінування втрати чинності нормою не робить її такою, що протягом шести місяців продовжує відповідати Конституції. Варто визнати, що суди йдуть шляхом позитивізму. Так, в одному з вироків суддя послався на рішення Конституційного Суду, проте не знайшов це проявом декриміналізації, яка відбулася, і ухвалив виправдувальний вирок з мотивів недоведеності. Суд зазначив: враховуючи, що рішення Конституційного суду України є обов'язковими, остаточними та не можуть бути оскарженими, в силу вимог ст. 151-2 Конституції України, суд вважає за необхідне констатувати, що для притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України, постановлене нею рішення, яке орган досудового розслідування вважає завідомо неправосудним, повинне бути скасоване у порядку передбаченому процесуальним законодавством. Разом з цим, ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 12.08.2014 у справі №757/23077/14-к, постановлена ОСОБА_1 за результатами розгляду скарги адвоката ОСОБА_3 в інтересах ОСОБА_2 на постанову старшого слідчого СВ прокуратури м. Києва ОСОБА_6 від 07.08.2014 є не скасованою в порядку, встановленому КПК України»¹. Таким чином, формально визнаючи можливість засудження особи за статтею Особливої частини КК, що визнана неконституційною², суд фактично підтвердив позицію, відповідно

слідування за діяння, вчинені під час виконання своїх функційних обов'язків судді, за винятком умисних злочинів, зокрема отримання хабаря (пункт 61).

¹ Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 25 серпня 2020 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91799001> (дата звернення: 23.11.2020).

² І це було визначено як ризик суддею О.М. Литвиновим, який висловився проти відтермінування втрати чинності статтями Особливої частини КК (Окрема думка судді Конституційного Суду України Литвинова О.М. стосовно Рішення у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf07d710-20#n2> (дата звернення:

до якої на етапі розгляду кримінальної справи про неправосудне рішення в суді це рішення має бути скасоване у встановленому відповідним процесуальним законодавством порядку.

Таким чином, маємо констатувати, що здебільшого аргументація неконституційності статті 375 КК у згаданому рішенні Конституційного Суду України робить акцент на неналежній (на думку Суду) минулій та чинній практиці її використання органами правопорядку (по суті протягом тривалого часового проміжку у декілька десятиліть) як підстави для застосування засобів кримінально-процесуального примусу. На нашу думку, якщо це має місце, то виключення статті з тексту КК не є належним інструментом вирішення цієї проблеми, адже таким чином залишаються поза межами кримінально-правового регулювання можливі випадки винесення завідомо неправосудних рішень, які не можуть бути визнані такими, що не досягають необхідного для злочину ступеню суспільної небезпеки.

23.11.2020). Підтримав його і суддя О.В. Касмінін («положення, визнані Судом неконституційними, вже не можуть діяти після того, як були визнані такими, що порушують гарантії незалежності судді») (Окрема думка судді Конституційного Суду України Касмініна О.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb07d710-20#n2> (дата звернення: 23.11.2020).

ГЛОВЮК ІРИНА ВАСИЛІВНА,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Інституту права Львівського державного
університету внутрішніх справ,
заслужений юрист України,
доктор юридичних наук, професор

ПОВЕРНЕННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТУ У ПРАКТИЦІ ВАКС

Загальні питання повернення обвинувального акту. Інститут повернення обвинувального акту є фрагментарно регламентованим у чинному кримінальному процесуальному законодавстві, у зв'язку з чим постійно виникають питання застосування відповідних норм КПК України.

У відповідності до ст. 314 КПК України, у підготовчому судовому засіданні суд має право прийняти рішення: повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам КПК України. Інших положень, які уточнювали б підстави повернення, немає.

ВССУ зробив спробу роз'яснити ці норми: суд вправі повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів виховного або медичного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам статей 291, 292 КПК: зокрема, якщо: ці документи містять положення, що суперечать одне одному; у документах наведено недопустиму натуралізацію опису злочину; вони не підписані слідчим (крім випадків, коли прокурор склав їх самостійно) чи не затверджені прокурором; до них не долучено передбачені законом додатки (Інформаційний лист «Про порядок здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 03.10.2012). Разом з тим, формулювання «зокрема» свідчить про те, що цей перелік підстав не є вичерпним, про що свідчить і судова практика.

Практика ККС ВС. Відмітимо, що є декілька правових позицій ККС ВС стосовно повернення обвинувального акту. Зокрема, ККС ВС визнав, що незгода потерпілої з кваліфікацією дій обвинуваченого не є підставою для повернення обвинувального акту, згідно вимог ст. 291 КПК, а зміна обвинувачення належить

до виключної компетенції прокурора і суд не має повноважень корегувати позицію сторони обвинувачення [1]. На відсутність повноважень суду щодо впливу на виклад обвинувачення було вказано і у іншій постанові: «Кримінальний процесуальний закон не надає повноважень суду до ухвалення вироку чи іншого рішення по суті справи перевіряти правильність визначення прокурором обсягу обвинувачення, зобов'язувати його змінювати цей обсяг, у тому числі й у сторону збільшення, повертати за наслідком підготовчого судового засідання обвинувальний акт у зв'язку з неправильною кваліфікацією дій обвинуваченого тощо. Визначення обсягу обвинувачення при направленні обвинувального акту до суду належить виключно до повноважень прокурора» [2]. При цьому оцінка відповідності обвинувального акту вимогам частини 2 статті 291 КПК проводиться на стадії підготовчого провадження та не може бути предметом розгляду суду касаційної інстанції [3].

У доктрині виділено три підходи оцінки впливу недоліків обвинувального акту на визнання його таким, що підлягає поверненню прокурору: перший підхід полягає в тому, що недотримання будь-яких імперативних вимог КПК щодо змісту обвинувального акта та його невід'ємної частини – додатків (у тому числі щодо відомостей, які вони мають містити), є підставою для визнання обвинувального акта таким, що не відповідає вимогам КПК України. Другий підхід є діаметрально протилежним і полягає у тому, що недоліки в додатках до обвинувального акта не можуть бути підставою для його повернення прокурору. Аргументом на підтвердження цієї точки зору є висновок, який випливає із буквального тлумачення змісту п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК, а саме, що єдиним процесуальним документом, який підлягає дослідженню під час підготовчого судового засідання, є обвинувальний акт (інший підсумковий документ).. Третій підхід втілює компромісну ідею, яка полягає в тому, що не будь-який недолік у додатках до обвинувального акта має бути розцінений як підстава для його повернення на доопрацювання. При цьому критерієм розмежування типових недоліків виступає існування потенційної можливості їх усунення під час судового розгляду, що тягне за собою різні процесуальні наслідки – постановлення судом ухвали про повернення обвинувального акта прокурору (якщо недоліки не можуть бути усунуті під час судового розгляду) або призначення судового розгляду (якщо недоліки можуть бути усунуті під час судового розгляду). Наведений підхід сприйнятий судами [4,

с. 133]. Наприклад, в ухвалі ВАКС зазначено: з урахуванням того, що відповідно до ч. 4 ст. 110 КПК України обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування, суд вважає встановлені порушення вимог процесуального закону такими, що перешкоджають призначенню справи до судового розгляду і які не можна усунути під час судового провадження, а тому обвинувальний акт підлягає поверненню прокурору [5].

Практика ВАКС. ВАКС висловив такі правові позиції стосовно повернення обвинувального акту:

1. для ухвалення рішення про повернення обвинувального акту прокурору з підстав його невідповідності вимогам КПК України суд має встановити невідповідність форми чи змісту такого обвинувального акту положенням ст. 291 КПК України [6];
2. суд не є стороною кримінального провадження і не може вказувати прокурору як необхідно викласти формулювання обвинувачення або поліпшити фактичний виклад обставин, як і не вправі спонукати прокурора до корегування обвинувального акту, внесення до нього змін, у тому числі щодо фактичних обставин скоєння злочину та інших обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. В обвинувальному акті викладається те обвинувачення, яке прокурор вважає встановленим [7];
3. Судом у підготовчому судовому засіданні не надається оцінка обставинам, зазначеним в обвинувальному акті, а вирішується виключно питання щодо відповідності обвинувального акта вимогам закону і відповідно щодо можливості або неможливості призначення судового розгляду на підставі цього обвинувального акта. КПК України не надає повноважень суду до ухвалення вироку чи іншого рішення по суті справи, перевіряти правильність визначення прокурором формулювання обвинувачення, зобов'язувати його змінювати це формулювання, оскільки, як вже зазначалося вище, визначення форми та обсягу обвинувачення належить виключно до повноважень прокурора, який згідно з ч. 1 ст. 36 КПК України є самостійним у своїй процесуальній діяльності [8];
4. підпункт 5 п. 4 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих ка-

тегорій кримінальних правопорушень» від 22 листопада 2018 року є імперативним алгоритмом дій для суду у випадках, коли на стадії підготовчого провадження знаходиться обвинувальний акт лише щодо проступку і у такому випадку суд має його повернути прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК України. Колегія суддів, застосовуючи системний підхід та аналізуючи норми ч. 2 ст. 217, ч. 1 ст. 334 КПК України, а також підпункти 3, 5 пункту 4 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22 листопада 2018 року, приходять до висновку, що доцільність повернення прокурору обвинувального акту щодо злочинів і проступків для їх внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК України має вирішуватись судом за умови відсутності шкоди такого повернення для подальшого судового розгляду, через призму взаємозв'язку проступку з іншими злочинами у цьому кримінальному провадженні, взаємозалежність подій, обвинувачених та відведених їм ролям, способами вчинення злочину та видами співучасті у його скоєнні [9].

Відмітимо також, що ВАКС повернув обвинувальний акт, мотивуючи це наступним чином: обвинувальний акт повернуто прокурору судовими рішеннями, які набули законної сили, є чинними та підлягають виконанню на момент розгляду справи, а вимоги відповідних судових рішень прокурором не виконані, - в чому суд вбачає порушення ч. 5 ст. 124, п. 9 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ч. 1 ст. 21 КПК України про обов'язковість виконання судового рішення; (ухвалою Шевченківського районного суду м. Києва від 31 січня 2018 року було прийнято два процесуальних рішення: перше - відмова в затвердженні угоди про визнання винуватості, друге - повернення обвинувального акту, залишено без змін); новий (виправлений) обвинувальний акт складено не було (В судовому засіданні прокурор не зміг надати копію обвинувального акту від 30 липня 2018 року, який з його слів дійсно був направлений до суду, та повідомив, що наразі в нього наявна лише копія обвинувального акту від 30 березня 2017 року) [10]. У іншій ситуації обвинувальний акт було повернена, оскільки в обвинувальному акті всупереч положень ст. 9 та ст. 291 КПК України стверджує про вчинення кримінального правопорушення в обвинувальному акті особами із

зазначенням їх анкетних даних, яким обвинувачення не висунуто, або висунуто в іншому кримінальному провадженні. Поряд з цим в обвинувальному акті надана оцінка і правова кваліфікація діям осіб, які не мають можливості здійснювати захист власних інтересів в даному провадженні. За змістом обвинувального акта, перераховані вище, особи вчинили злочини у формі співучасті разом із обвинуваченими ОСОБА_2 та ОСОБА_1, а також інші злочини, які ОСОБА_2 та ОСОБА_1 не вчиняли. В якості обвинувачених такі особи в обвинувальному акті не зазначені. Анкетні дані таких осіб, якщо вони є обвинуваченими, всупереч п. 2 ч. 2 ст. 291 КПК України в обвинувальному акті не зазначені [11].

Можливість повернення обвинувального акту прокурору у зв'язку із закінчення строків досудового розслідування, та і загалом дії суду у такому випадку. Для прикладу, у справі № 991/1231/19, де було повернено обвинувальний акт у зв'язку з тим, що обвинувальний акт було затверджено поза межами строку досудового розслідування, АП ВАКС зазначила, що «повертаючи обвинувальний акт прокурору з підстав затвердження обвинувального акту від 11 жовтня 2019 року поза межами строку досудового розслідування, суд вийшов за межі предмету розгляду у підготовчому судовому засіданні, та фактично вдався до дослідження обставин кримінального провадження, що є неприпустимим на даній стадії судового розгляду» [6]. Разом з тим, виникає питання, як же вчиняти суду у таких випадках, якщо повернення обвинувального акту недопустиме? Зокрема, у ситуації, коли відомості були внесені до ЄРДР після 15 березня 2018 року? Адже є така підстава закриття кримінального провадження, як після повідомлення особі про підозру закінчився строк досудового розслідування, визначений статтею 219 цього Кодексу, крім випадку повідомлення особі про підозру у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи (п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК України).

Є думка, що цей пункт незастосовний для суду: «В дійсності, передбачена п.10 підстава для закриття КП стосується виключно стадії досудового розслідування та виключних повноважень прокурора на закриття КП щодо підозрюваного. Суд на стадії судового провадження не має повноважень закривати КП з цієї підстави, що підтверджується змістом абз.2 ч.7 ст.284 КПК. Стаття 314 КПК містить вказівку на можливість закриття судом КП на підставі п.10 ч.1 ст.284 в редакції Закону № 2213-VIII від 16.11.2017,

тобто з абсолютно іншої підстави – існує нескасована постанова слідчого, прокурора про закриття КП (однак нині це вже не п.10, а п.9-1). Зазначене обумовлено тим, що протягом 2017-2018 років нумерація пунктів частини 1 ст.284 КПК неодноразово змінювалась внаслідок чого – [зазначений в 314 статті] п. 10 став п.9-1, ч.1 було доповнено новим п.10 (в нинішній редакції), але відповідні зміни до ст.314 КПК внесені не були (Закон № 2213-VIII від 16.11.2017, Закон № 2147-VIII від 03.10.2017).» [12]. Дійсно, при внесенні змін та доповнень були проблеми із послідовністю нумерації пунктів ч. 1 ст. 284 КПК України (зокрема, по двом п. 10). Проте, відтоді законодавець, якщо б вважав, що п. 10 ч. 11 ст. 284 КПК України не має застосовуватися у підготовчому судовому провадженні, то міг би внести зміни до КПК України, а це зроблено не було. Крім того, за ст. 5 КПК України, Процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно з положеннями цього Кодексу, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення, тобто у розглядуваній ситуації – у відповідності до чинного змісту п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК України. Відмітимо, що є практика ККС ВС, який переглядав із цього питання саме судові рішення ВАКС [13; 14].

Отже, у такому випадку повертати обвинувальний акт – не можна і безцільно, зважаючи на те, що строк відновленню не підлягає. Отже, у суду є повноваження лише закрити кримінальне провадження, і він може прийняти таке рішення з власної ініціативи, бо ст. 314 КПК України не вказує на потребу ініціації сторін для прийняття підсумкового процесуального рішення.

ПЕРЕЛІК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. ЄДРСР, режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76715826>
2. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82858171>
3. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93542016>
4. Глиняний О.В. Обвинувальний акт в системі процесуальних рішень досудового розслідування: дис. ... к.ю.н. 12.00.09. Харків, 2021. 237 с.
5. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90719334>
6. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86647939>
7. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85995325>
8. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91697683>
9. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96476328>

10. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85317470>
11. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91670118>
12. Шевчук Кирилл. КАК ИЗБЕЖАТЬ НАКАЗАНИЯ ЗА... (продовження... на замітку прокурорам, представникам потерпілих та Об'єднаній палаті ККС ВС. Режим доступу: <https://www.facebook.com/groups/231540608759527/posts/241291084451146/>
13. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96484363>
14. ЄДРСР, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99687323>

ГЛОТОВ МИКОЛА СЕРГІЙОВИЧ,
суддя Апеляційної палати
Вищого антикорупційного суду

КРИТЕРІЇ РОЗМЕЖУВАННЯ СПРАВ ПРО КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ МІЖ ВИЩИМ АНТИКОРУПЦІЙНИМ СУДОМ ТА ІНШИМИ СУДАМИ

З метою визначення, який суд та в якому складі вправі розглянути те чи інше питання кримінального провадження, із 19.11.2012 у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) були закріплені пов’язані між собою правила інстанційної (ст. 33 КПК) і територіальної (ст. 32 КПК) підсудності¹. Їх застосування не лише дозволяло правильно розподіляти кримінальні провадження (далі – справи) між судами різних ланок судової системи (першої, апеляційної, касаційної), але й між судами однієї ланки².

Пріоритет «предметної» підсудності

І коли для забезпечення ефективного судового розгляду справ щодо високопосадової корупції створювався Вищий антикорупційний суд (далі – ВАКС)³, то перед законодавцем стояло завдання у такий спосіб визначити правила розмежування повноважень з розгляду справ про корупційні кримінальні правопорушення між ним та іншими судами, щоб не просто розподілити компетенцію між спеціалізованим та загальними судами, а й сконцентрувати зусилля нового суду на прийнятті рішень у кримінальних провадженнях, котрі стосуються вчинення найбільш небезпечних корупційних правопорушеннях.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України // Голос України від 19.05.2012 // №90-91 // Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20120413/print> (дата звернення 30.09.2021 р.)

² Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар (ст. 32) // за заг. ред. Гончаренка В. Г., Нора В. Т., Шумила М. Є. – К.: Юстиніан, 2012. – 1224 с.

³ Висновок Європейської комісії за демократію через право CDL-AD (2017)020 // Офіційний сайт Венеційської комісії // Режим доступу: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)020-e) (дата звернення 30.09.2021 р.).

Так, як відомо, не лише ВАКС, але й місцеві загальні (міські, районні, міськрайонні, районні у містах) та апеляційні (обласні, міст Києва та Севастополя) суди розглядають справи, які стосуються притягнення осіб до відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення¹.

Вказане обумовило внесення таких змін і доповнень до кримінального процесуального закону, які урегулювали питання розподілу справ між новоутвореним вищим спеціалізованим судом та іншими судами. Зокрема, у ч. 1 ст. 32 КПК в якості 4-го реч. абз. 1 та абз. 2 законодавець вніс застереження щодо непоширення дії загальних правил щодо територіальної підсудності на кримінальні провадження, які підсудні ВАКС. Також у зв'язку із цим в новій редакції викладено ч. ч. 1, 2 ст. 33 КПК і кодекс було доповнено ст. 33-1 «Предметна підсудність Вищого антикорупційного суду»². Й саме поява у КПК цих норм дозволила відповідно до мети створення ВАКС (1) чітко визначити межу, яка в ході правозастосування дозволяє виділяти з кримінальних проваджень, підсудних за загальним правилом про територіальну підсудність іншим судам, провадження, які відносяться до підсудності вищого спеціалізованого суду, та (2) закріпити пріоритет предметної підсудності над територіальною, створивши своєрідний запобіжник від втручання інших судів у справи щодо високопосадової корупції.

Складові предметної підсудності.

Тому, щоб не допустити порушення, зазначеного у п. 6 ч. 2 ст. 412 КПК, із 05.09.2019 під час вирішення питання про прийнятність отриманих слідчим суддею скарги (п. 2 ч. 2 ст. 304 КПК) чи клопотання (ч. 6 ст. 9, п. 2 ч. 2 ст. 304 КПК), судом обвинувального акту (п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК), суддею-доповідачем апеляційної скарги (п. 3 ч. 3 ст. 399 КПК) кожне кримінальне провадження підлягає перевірці на відповідність ознакам предметної підсудності, на основі з'ясування відповідності/невідповідності яким відбувається розмежування справ між ВАКС та іншими судами. Така перевірка здійснюється шляхом співставлення фактичних властивостей кримінального

¹ Пояснювальна записка до проекту закону про Вищий антикорупційний суд // Офіційний портал Верховної Ради України // Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7440&skl=9 (дата звернення 30.09.2021 р.).

² Закон України «Про Вищий антикорупційний суд» // Голос України від 13.06.2018 // №107 // Режим доступу: <http://www.golos.com.ua/article/304087> (дата звернення 30.09.2021 р.).

провадження, у рамках якого отримані наведені процесуальні документи, із тими ознаками, які вирізняють предметну підсудність від інших видів підсудності.

Зокрема, у залежності від часу, коли у конкретному кримінальному провадженні було розпочате досудове розслідування, за своїми властивостями справи можуть вважатися підсудними ВАКС, а отже непідсудними іншим судам (ч. 3 ст. 33-1 КПК), якщо вони одночасно відповідають: двом ознакам – у справах, розслідування у яких розпочате з 22.09.2019, та трьом ознакам – у справах, розслідування у яких розпочате до 22.09.2019.

Так, в обох випадках відповідними ознаками є кваліфікація дій за певною нормою (критерій «правова кваліфікація») та наявність однієї з альтернативних умов (критерій «наявність умов»). Але в ситуації, коли відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) внесені до 22.09.2019, додатково ознакою є найменування органів обвинувачення (критерій «сторона обвинувачення»). Зазначені ознаки є обов'язковими елементами критерію «предметна підсудність». Її відсутність хоча б одного з таких елементів (у розпочатих до 22.09.2019 – одного із трьох, а в розпочатих зі вказаної дати – одного із двох) вказує на невідповідність кримінального провадження критерію предметної підсудності, а отже на непідсудність його ВАКС¹.

Правова кваліфікація.

Згідно з ч. 1 ст. 33-1 КПК відповідність справи критерію «правової кваліфікації» підтверджується, якщо кримінальне провадження здійснюється щодо вчинення хоча б одного з кримінальних правопорушень, відповідальність за яке передбачена однією із таких норм: (1) ст. ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК (у випадку вчинення кримінального правопорушення шляхом зловживання службовим становищем); (2) ст. ст. 206-2, 209, 210, 211, 354, 364, 364-1, 365-2, 366-2, 366-3, 368, 368-2, 368-3, 368-4, 368-5, 369, 369-2 Кримінального кодексу України (далі – КК)². При цьому для віднесення кримінального провадження до підсудності ВАКС за цим критерієм, з огляду на зміст абз. 11 п. 20-2 розділу XI «Перехідні

¹ Готов М. С. ВАКС vs місцеві загальні суди: критерії розмежування юрисдикції // Юридичний вісник України №24 (1353) від 25.06-01.07.2021. – 4-5 с.

² Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 07.09.2021 у справі №991/5762/21 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99438045>

положення» КПК, достатньо, щоб дії чи бездіяльність особи були кваліфіковані хоча б за однією із вищевказаних норм закону про кримінальну відповідальність, навіть якщо інші її дії або бездіяльність, яких стосується відповідне кримінальне провадження, чи їх частина, кваліфіковані за іншими нормами КК, котрі КПК окремо не виділяє як такі, що підсудні ВАКС¹.

Наявність умов.

Водночас критерію «наявність умов» кримінальне провадження відповідає, якщо за обставин вчинення одного із вищевказаних кримінальних правопорушень, наявна хоча б одна із наведених у п. п. 1-3 ч. 5 ст. 216 КПК умов, котрі згідно з кримінальним процесуальним законом одночасно слугують для визначення підслідності кримінальних проваджень детективам Національного антикорупційного бюро України (ч. 5 ст. 216 КПК) та використовуються для визначення предметної підсудності кримінальних проваджень ВАКС (ч. 1 ст. 33-1 КПК). Так, зважаючи на застосоване у ч. 1 ст. 33-1 КПК формулювання «якщо наявна хоча б одна з умов, передбачених п. п. 1-3 ч. 5 ст. 216», а також беручи до уваги зміст та структуру норм, що містяться у ч. 5 ст. 216 КПК, можна дійти висновку, що законодавцем встановлено обов'язкові альтернативні умови належності кримінального провадження до предметної підсудності ВАКС².

Усі наведені у п. п. 1-3 ч. 5 ст. 216 КПК умови можна узагальнити за такими похідними від критерію «наявність умов» ознаками: (1) спеціальний правовий статус суб'єкта кримінального правопорушення, оскільки в п. 1 ч. 5 ст. 216 КПК передбачено перелік посад, вчинення кримінального правопорушення під час зайняття будь-якої з них, у тому числі враховуючи положення абз. 11 п. 20-2 розділу XI «Перехідні положення» КПК, відносить кримінальне провадження до підсудності ВАКС³; (2) розмір шкоди або предмету кримінального правопорушення у поєднанні зі спеціальним правовим статусом суб'єкта кримінального правопорушення, так як у п. 2 ч. 5 ст. 216 КПК йдеться про випадки, коли вартість

¹ Див. - там само, що і в п. 6.

² Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 05.03.2021 у справі №757/4965/21-к // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/>

³ Ухвали Апеляційної палати ВАКС від 25.02.2020 у справі №991/890/20 і від 12.01.2021 у справі №757/12540/20 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87873368> та <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94186239>

предмета кримінального правопорушення або завданої ним шкоди в п'ятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленої законом на час вчинення кримінального правопорушення (якщо кримінальне правопорушення вчинено службовою особою державного органу, правоохоронного органу, військового формування, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків)¹; (3) спеціальний правовий статус особи, стосовно якої вчинено кримінальне правопорушення, передбачене ст. 369 та ч. 1 ст. 369-2 КК, оскільки в абз. 1 п. 3 ч. 5 ст. 216 КПК зазначається про вчинення одного із вказаних у такій нормі кримінальних правопорушень по відношенню до вказаної у ній особи²; (4) кваліфікація діяння у поєднанні із тяжкими наслідками, які були чи могли бути заподіяні кримінальним правопорушенням, вчинення якого інкримінується особі, так як зазначена в першому реченні абз. 2 п. 3 ч. 5 ст. 216 КПК умова наявності постанови прокурора є необхідною умовою віднесення кримінального провадження у кримінальних правопорушеннях, передбачених абз. 1 ч. 5 ст. 216 КПК, до підслідності детективів НАБУ, але не є складовою умови його віднесення до підсудності ВАКС³.

Сторона обвинувачення.

Крім того, згідно з підп. 2 п. 20-2 Розділу XI «Перехідні положення» КПК підсудність ВАКС, передбачена цим Кодексом як суду першої інстанції, суду апеляційної інстанції та слідчих суддів, поширюється на кримінальні провадження, відомості за якими про кримінальне правопорушення внесені в ЄРДР до дня набрання чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо початку роботи Вищого антикорупційного суду» (22.09.2019), якщо досудове розслідування здійснюється або здійснювалося НАБУ та закінчено прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (далі – САП). Тобто цей третій критерій, про що вже згадувалося

¹ Див. - там само, що і в п. 7.

² Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 19.12.2019 у справі №761/16104/18. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86493057>

³ Див. - там само, що і в п. 9, а також Окрема думка від 24.05.2021 у справі №991/2909/21 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97235378>

вище, стосується не всіх, а лише «старих» кримінальних проваджень, досудове розслідування у яких було розпочато до 22.09.2019¹.

Приклад застосування.

Якщо у певному кримінальному провадженні, досудове розслідування у якому було розпочате після 05.09.2019, йдеться про обставини, що вказують на одержання суддею районного чи міського суду неправомірної вигоди, то воно предметно підсудне ВАКС, оскільки: (1) ст. 368 КК, котра передбачає кримінальну відповідальність, зокрема, за одержання неправомірної вигоди, міститься у примітці ст. 45 КК, відсилання до якої зазначене у ч. 1 ст. 33-1 КПК (відповідність критерію «правова кваліфікація»); (2) має місце одна з умов, наведених у п. п. 1-3 ч. 5 ст. 216 КПК, так як йдеться про одержання неправомірної вигоди особою, посада якої («суддя») зазначена у абз. 5 п. 1 ч. 5 ст. 216 КПК (відповідність критерію «наявність умов»).

Актуальні виклики у питаннях підсудності.

Для ВАКС, у тому числі його Апеляційної палати, не втрачають своєї актуальності питання, пов'язані з: (1) випадками втручання інших судів у кримінальні провадження, підсудні Вищому антикорупційному суду²; (2) відсутністю єдиної практики правозастосування у справах, які розглядаються у порядку ст. 34 КПК. Так, в Апеляційній палаті ВАКС існують різні підходи до вирішення питання про те чи змінюється підсудність кримінального провадження у випадку виділення з нього матеріалів відносно окремих осіб³.

Щодо першого питання, то, на думку автора, його розв'язання можливе через закріплення у кримінальному процесуальному законі правила про послідовність, за яким першочергово під час вирішення питання про прийнятність суддя має отримати відповіді на питання, зазначені у п. 2 ч. 2 ст. 304 і п. 3 ч. 3 ст. 399 КПК, або

¹ Див. - там само, що і в п. 6.

² Див. - там само, що і в п. 9, а також ухвали Апеляційної палати ВАКС від 29.07.2020 у справі №757/22567/20-к, від 16.12.2020 у справах №757/29952/20-к та №757/15102/20-к // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90738839> і <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93605484> та <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93605483>

³ Ухвали Апеляційної палати ВАКС від 25.02.2020 у справі №991/890/20 і від 24.05.2021 у справі №991/2909/21 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87873368> та <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97235379>

ж шляхом запровадження такого підходу суддями в процесі правозастосування відповідних норм.

Водночас забезпечити єдність практики у питаннях підсудності реально, якщо ст. 34 КПК доповнити схожим до ст. 434-2 КПК правилом, згідно з яким у випадку відступу від попередніх висновків щодо підсудності розгляд спірних питань здійснюється колегією не з п'яти суддів, а в складі об'єднаної палати Апеляційної палати БАКС.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України // Голос України від 19.05.2012 // №90-91 // Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20120413/print> (дата звернення 30.09.2021 р.).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар (ст. 32) // за заг. ред. Гончаренка В. Г., Нора В. Т., Шумила М. Є. – К.: Юстиніан, 2012. -1224 с.
3. Висновок Європейської комісії за демократію через право CDL-AD (2017)020 // Офіційний сайт Венеціанської комісії // Режим доступу: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)020-e).
4. Пояснювальна записка до проекту закону про Вищий антикорупційний суд // Офіційний портал Верховної Ради України // Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7440&skl=9.
5. Закон України «Про Вищий антикорупційний суд» // Голос України від 13.06.2018 // №107 // Режим доступу: <http://www.golos.com.ua/article/304087> (дата звернення 30.09.2021 р.).
6. Готов М. С. БАКС vs місцеві загальні суди: критерії розмежування юрисдикції // Юридичний вісник України №24 (1353) від 25.06-01.07.2021. – 4-5 с.
7. Ухвала Апеляційної палати БАКС від 07.09.2021 у справі №991/5762/21 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99438045>
8. Ухвала Апеляційної палати БАКС від 05.03.2021 у справі №757/4965/21-к // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/>
9. Ухвали Апеляційної палати БАКС від 25.02.2020 у справі №991/890/20 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87873368>
10. Ухвали Апеляційної палати БАКС від 12.01.2021 у справі №757/12540/20 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94186239>

11. Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 19.12.2019 у справі №761/16104/18 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86493057>
12. Окрема думка від 24.05.2021 у справі №991/2909/21 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97235378>
13. Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 29.07.2020 у справі №757/22567/20-к // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90738839>
14. Ухвали Апеляційної палати ВАКС від 16.12.2020 у справах №757/29952/20-к та №757/15102/20-к // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93605484> та <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93605483>

ДУБАС ВІТАЛІЙ МИХАЙЛОВИЧ,
суддя Вищого антикорупційного суду

ОПТИМІЗАЦІЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Створення низки антикорупційних органів – Національного агентства з питань запобігання корупції, Національного антикорупційного бюро України, Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, – а також окреме створення спеціалізованого Вищого антикорупційного суду (ВАКС) стало значним поступальним кроком України в розвитку боротьби з корупцією та притягненням винуватих до кримінальної відповідальності за корупційні діяння.

Початок процесуальної діяльності ВАКС також ознаменувався і численними гаслами як про посадки, так і про викорінення корупції навіть зі свідомості українців.

За два роки суддям Вищого антикорупційного суду довелося почути чимало зауважень до своєї професійної діяльності: від тверджень про обвинувальний ухил та правосуддя нашвидкуруч, без об'єктивного аналізу доказів, до діаметрально протилежних доводів щодо надмірно поблажливого ставлення до обвинувачених та надто повільного розгляду справ.

Проте загалом за два роки діяльності ВАКС частка виправданих осіб від загальної кількості всіх осіб, щодо яких ухвалено вироки, склала 14 відсотків. При цьому варто зазначити, що за відомостями, наведеними в Аналізі стану здійснення судочинства судами кримінальної юрисдикції у 2017— 2020 роках, здійсненому Верховним Судом, частка виправданих осіб від кількості всіх осіб, щодо яких ухвалено вироки, становила 1% у 2020 році та 1,2% у 2019 році¹.

Як слушно зазначає Голова ВАКС Олена Танасевич «на запит суспільства щодо вироків саме в кримінальних провадженнях із найбільшим розміром завданих державі збитків, необхідно роз'яснити, що законодавець не передбачив можливості пріоритезації розгляду таких справ. Кримінальний процесуальний кодекс України не дозволяє судді пришвидшувати або, навпаки, пригальмовувати

¹ <https://lexinform.com.ua/yuridychna-praktyka/dva-roky-mifiv-i-rezultaty-chym-zhyve-vaks/>

розгляд кримінальних проваджень на власний розсуд. Тому на виконання вимог закону суд прагне бути максимально ефективним одночасно в усіх кримінальних провадженнях»¹.

При цьому виникає логічне питання: що є стримуючим фактором для винесення вироку (обвинувального чи виправдувального)?

Вважаю, що з метою оптимізації судового розгляду справ про корупційні кримінальні правопорушення необхідно усунути декілька факторів.

Фактор 1. Колегіальний розгляд справ.

Побуває думка, що колегіальний розгляд справ є гарантією найбільш об'єктивно всебічного, повного, неупередженого, а головне – позбавленого свавілля, розгляду справ, а також мінімізації корупційних ризиків. Також є думка, що саме колегіальний аналіз при вирішенні питання про належність, допустимість і достовірність доказів буде найбільш відповідати вимогам статті 94 КПК.

Дійсно, при розгляді справ колегією, буває доречною порада судді-члена колегії, особливо коли у засіданні декілька обвинувачених, захисників та інших сторін. Також, приймаючи рішення в нарадчій кімнаті колегіально по дискусійному правовому питанню можна за допомогою порад колег «виключити» процесуальні помилки.

Як зазначено в частині 3 статті 28 КПК, одним із критеріїв для визначення розумності строків є складність кримінального провадження, яка визначається з урахуванням кількості підозрюваних, обвинувачених та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження, обсягу та специфіки процесуальних дій; поведінка учасників кримінального провадження; спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень.

Проте зрозуміло, що є низка чинників, коли колегіальний розгляд об'єктивно «стримує» кримінальний процес і призводить до порушення одного з важливих принципів судочинства – розумність строків.

Аргументую:

По-перше, колегіальний розгляд вочевидь перешкоджає тому щоби суддя міг практично щодня одноособово як головуючий слухати справи, чим було би дотримано принцип безперервності,

¹ <https://lexinform.com.ua/yuridychna-praktyka/dva-roky-mifiv-i-rezultaty-chym-zhyve-vaks/>

визначений статтею 322 КПК. Звісно, це зумовлено тим, що суддя повинен бути присутнім як член колегії на інших засіданнях. А тепер змоделюю ситуацію:

Суддя 1 – головуючий, призначив засідання, наприклад, на 9.00 год 01.10, а отже судді 2 і 3 – члени колегії своїх справи в цей час слухати не можуть!

Дати і час засідання визначаються завчасно і встановлюються наперед.

01.10. Суддя 2 почувається погано та іде на лікарняний. До чого це призводить? До ситуації коли у цій колегії не буде засідань на протязі усього часу перебування судді на лікарняному, а це може бути від кількох днів до тижнів.

Або інша ситуація:

Суддя 1 – головуючий, призначив засідання, наприклад, на 12.00 год 01.10, а отже, судді 2 і 3 – члени колегії своїх справ в цей час слухати вже не можуть!

За день до засідання надходить клопотання від обвинуваченого або його захисника про відкладення в зв'язку з хворобою одного із них. Як результат, колегія відкладає засідання на невизначений строк, суддя 1 не проводить засідання, а судді 2 і 3 вочевидь могли би на цю дату і час призначити і провести інші засідання, проте за правилами частини 9 статті 135 КПК це неможливо, бо особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом не пізніше ніж за три дні до дня, коли вона зобов'язана прибути за викликом.

Також суддя 1 є членом іншої колегії, і слухати справи з цими змішаними колегіями вкрай складно, а ще складніше визначити дату і час засідання. А навіть якщо вона визначена (орієнтовно раз в місяць), то перед засіданням може захворіти будь-який учасник: обвинувачений, або захисник, або прокурор, або суддя. І справа переноситься на тривалий час. Чи є це дотриманням розумних строків?

А таких варіантів «ситуацій» безліч, й пов'язано це і з відпустками, і з відрядженням (все перебачити неможливо, особливо в період пандемії). Також право на відпустку мають прокурори, захисники, та й обвинувачені, якщо вони десб працюють.

Тому, на моє переконання, колегіальний розгляд справ не призводить до розгляду справ про корупційні кримінальні правопорушення у розумні строки, що цілком може призвести у багатьох справах закриттям кримінального провадження за строками давності та як наслідок до уникнення відповідальності обвинуваченим.

Фактор 2. Надання доказів на стадії судового розгляду справи.

Протягом двох років процесуальної діяльності від сторони обвинувачення лунає про повноту доказової бази у винності обвинуваченого/обвинувачених, а ще частіше від сторони захисту про їх спростовність доказів прокурора і наявність достатніх і переконливих доказів у невинуватості підзахисних.

Не вдаючись до критики чи підтримки на адресу будь-якої сторони процесу зазначу, що часто це лише гучні висловлювання, метою яких є намір продемонструвати умовну силу перед процесуальним візаві.

Тому вважаю, що у кримінальному судочинстві в корупційних кримінальних правопорушеннях (та й загалом в усіх кримінальних справах) цілком реально, і навіть процесуально доцільно встановити, щоб обидві сторони процесу надавали після закінчення підготовчого провадження до початку судового розгляду справи повний письмовий перелік доказів із доданими письмовими докази, після чого суд встановлює певний час для обопільного ознайомлення сторін з наданими доказами та можливості підготовки заперечень по подані докази процесуальним опонентом.

На моє переконання, чинна процедура надання доказів, яка вироблена практикою, але чітко не регламентована чинними кримінальним процесуальним законом призводить лише до невинуватого затягування і неефективного використання процесуального часу.

Відповідно до вимог статті 290 КПК України як сторона обвинувачення, так і сторона захисту зобов'язані надати одне одному доступ до матеріалів (ч. 1-9 ст. 290 КПК), а також їм надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ (ч. 10 ст. 290 КПК). Тому, вважаю, що немає необхідності після надходження письмових матеріалів справи до суду витрачати процесуальний час на тривале надання, озвучення, характеристику

доказів, з якими сторони уже ознайомились до часу направлення обвинувального акту з додатками до суду.

Вважаю, що такий підхід має повністю правове підґрунтя, переслідує лише законну мету та сприятиме додержання принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Крім того, даний підхід повністю кореспондується з положеннями нормам адміністративного, господарського та цивільного судочинства, запроваджених з кінця 2017 року, відповідно до яких учасники справи подають докази у справі безпосередньо до суду разом із поданням позовної заяви, а в разі вчасного неподання суд їх ігнорує. Такий правовий механізм не оспорується та не обмежує права та свободи людини і громадянина.

Фактор 3. Дискреція судді в багатьох питаннях.

Важливим є і питання забезпечення єдності судової практики, яка, у першу чергу залежить від якості законодавства. Законодавець удосконалив процесуальні механізми забезпечення єдності судової практики по корупційних кримінальних правопорушеннях, утім деякі питання, які б сприяли уніфікації цієї практики, залишилися не вирішеними.

Одне із них – об'єднання та виділення матеріалів кримінального провадження. Стаття 334 КПК словами «можуть об'єднуватись або виділятися в окреме провадження ухвалою суду» надає дискреційні повноваження суду для прийняття такого рішення.

Вважаю, що дане питання потребує процесуальної чіткості та визначеності задля уникнення неоднакового застосування норм процесуального права.

Ще один інститут кримінального законодавства, який на мою думку, є достатньо ефективним у кримінальному судочинстві по корупційних кримінальних правопорушеннях потребує статусу «правової визначеності». Мова іде про вироки на підставі угоди про визнання винуватості з одночасним застосуванням до винного ч. 2 ст. 75 КК України – звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Корупційні кримінальні правопорушення характеризуються як високим рівнем латентності, так і високим рівнем «ціни злочину» –

показника злочинності, який в інших видах кримінальних правопорушень значно нижчий. В даному контексті виникає питання: що є ефективнішим кримінально-правовим засобом – ізоляція особи від суспільства, покарання на певний строк і не відшкодування завданих збитків чи застосування значних майнових стягнень на користь держави: конфіскація певної частини майна винної особи, призначення штрафу?

Упевнений, що застосування каральних кримінально-правових засобів до обвинуваченого не завжди призводить до реалізації мети покарання – кари, виправлення засудженого і запобігання вчиненню нових злочинів.

Як свідчить моя особиста практика затвердження угод про визнання винуватості з одночасним застосуванням ч. 2 ст. 75 КК: за допомогою такого правового механізму досягається баланс юридичних та суспільних інтересів: особа притягнута до кримінальної відповідальності (юридичний аспект) але особа не ізольована від суспільства, є платником податків та займається соціально-корисною діяльністю (соціальний аспект). Варто наголосити, що в період іспитового строку кожна засуджена особа перебуває в полі зору уповноважених органів з питань пробації, і вчинення такою особою навіть адміністративного правопорушення матиме наслідок – направлення засудженого для реального відбування покарання.

Підсумовуючи, хочу сказати, що усі теоретичні пропозиції мають бути апробовані практикою. Мої пропозиції сформульовані виключно на основі практичного досвіду і спрямовані на оптимізацію судового розгляду справ про корупційні кримінальні правопорушення, а також правильного тлумачення та застосування норм кримінального процесуального законодавства, що є надважливим у правовій державі.

ДУДОРОВ ОЛЕКСАНДР ОЛЕКСІЙОВИЧ,

Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка
(м. Сєвєродонецьк)

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ПІДКУПУ (ЗА МАТЕРІАЛАМИ ПРАКТИКИ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ)

За довідковою інформацією, розміщеною на сайті Вищого антикорупційного суду (далі – ВАКС) [1], станом на 3 вересня 2021 р. у 45 кримінальних провадженнях ВАКС ухвалив вироки (зокрема, у 14 справах затверджено угоди про визнання винуватості). У липні цього року оприлюднено підготовлений відділом судової статистики, аналітичної роботи та узагальнення судової практики ВАКС «Аналіз здійснення судочинства Вищим антикорупційним судом у I півріччі 2021 року (як судом першої інстанції)» – інформаційно насичений документ, який, щоправда, містить лише кількісні показники процесуальної діяльності суду. Стаття співробітника Центру протидії корупції В. Валька у «Дзеркалі тижня», присвячена підведенню підсумків дворічної діяльності ВАКС із здійснення правосуддя [2], носить оглядово-публіцистичний характер. Відтак зміст судових рішень, якими розгляд кримінальних проваджень завершувався «по суті», проблеми правозастосування, включаючи спірні питання кримінально-правової кваліфікації корупційних злочинів, у згаданих двох джерелах відображення не знайшли. Пропоновані увазі читача тези мають на меті частково усунути зазначену прогалину у наукових розвідках.

1. Ведучи мову про застосування ВАКС ст. 369 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі», вважаю за доречне нагадати, що свого часу гострі дискусії за участю теоретиків і практиків розгортались з приводу правильності криміналізації (точніше визнання закінченими злочинами) пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди (далі – НВ) і «дзеркального» їм прийняття цієї пропозиції (обіцянки) [3, с. 287–293]. У чинних редакціях низки статей КК втілено ідею автономної природи вчинків людини, які означають активний і па-

сивний підкупи. У такий спосіб законодавець спосіб унеможливив: 1) пом'якшення покарання за вказані форми корупційної поведінки на підставі ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК; 2) застосування при кримінально-правовій оцінці корупційних діянь ч. 2 ст. 14 КК; 3) звернення до ст. 17 КК «Добровільна відмова при незакінченому кримінальному правопорушенні». І, попри скепсис частини правників, у цій частині кримінальний закон застосовується.

Так, в одному з кримінальних проваджень ВАКС встановив, що особа (адвокат) висловила прокурору пропозицію надати НВ за вчинення в інтересах службових осіб ТОВ «Арабський Енергетичний Альянс ЮЕЙ» дій з використанням влади, наданої прокурору у кримінальному провадженні. Йшлося про виділення кримінального провадження щодо службових осіб згаданого ТОВ з іншого кримінального провадження і подальше його закриття, що було необхідним для скасування частини арешту природного газу, прибуток від продажу якого мав належати ТОВ «Арабський Енергетичний Альянс ЮЕЙ» згідно з умовами договору про спільну діяльність. Суд кваліфікував дії обвинуваченого за ч. 3 ст. 369 КК, визнавши їх пропозицією надати НВ службовій особі, яка займає відповідальне становище [4].

В іншому провадженні ВАКС встановив, що суб'єкт, бажаючи відтермінувати приватизацію єдиного майнового комплексу одного з державних підприємств, висловив Голові Фонду державного майна України пропозицію надати йому НВ за вчинення дій з використанням свого службового становища (сприяння у відтермінуванні приватизації об'єкта). Уточню, що зазначений епізод, на відміну від зловживання щодо АТ «Одеський припортовий завод», яке так само дістало кримінально-правову оцінку в аналізованому вироку, не був пов'язаний з фактичним наданням частини обумовленої НВ, тобто у цьому разі поведінка «активного корупціонера» обмежилась інформаційною складовою – висуненням пропозиції НВ. Її ВАКС кваліфікував за ч. 4 ст. 369 КК, виходячи з того, що пропозиція НВ адресувалась службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище [5].

Слід, однак, привернути увагу до того, що буквальне тлумачення законодавчих формулювань «якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає відповідальне становище» та «якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає

особливо відповідальне становище» унеможливорює інкримінування цих кваліфікуючих ознак та, як наслідок, кваліфікацію вчиненого за ч. 3 (ч. 4) ст. 369 КК, якщо НВ була: 1) надана третій особі; 2) лише запропонована чи обіцяна службовій особі, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище, – як це і мало місце у двох наведених прикладах із судової практики. За таких обставин не викликає подиву існування альтернативного наукового підходу до кримінально-правової оцінки розглядуваних дій, прибічником якого є В. Навроцький і суть якого полягає в тому, що пропозиція чи обіцянка НВ, адресована службовій особі, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище, має розцінюватись як готування до злочину, передбаченого ч. 3 або ч. 4 ст. 369 КК [6, с. 162], з усіма правовими наслідками, що з цього випливають, включаючи відбиту у ч. 2 ст. 68 КК специфіку караності.

У коментарі до ст. 369 КК ми з М. Хавронюком, хоч і констатуємо порушення правил законодавчої техніки при формулюванні аналізованих кваліфікуючих ознак, висловлюємося за інкримінування ч. 3 і ч. 4 ст. 369 КК й у вказаних двох ситуаціях. Виходимо при цьому, зокрема, із системного тлумачення кримінального закону – того, що формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 368 КК як заборони, присвяченої пасивному підкупу і нерозривно поєднаної зі ст. 369 КК, охоплюють також прийняття пропозиції, обіцянки НВ, вчинене службовою особою, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище [7, с. 1181].

До слова, наводячи аргументи на користь того, що загроза законним інтересам стосується обох форм вимагання НВ (і відкритої, і завуальованої), В. Навроцький пише, що відсутність вказівки на законність інтересів щодо першої форми у п. 5 примітки ст. 354 КК – це явна помилка законодавця. З урахуванням загального рівня законодавчої техніки, стверджує вчений, законодавчі формулювання зовсім не обов'язково відображають якусь позицію [6, с. 144]. Постає питання, чому подібний підхід (такий собі жорсткий тролінг парламентаріїв) не взяти «на озброєння» при вирішенні питання про кримінально-правову оцінку пропозиції (обіцянки) НВ, адресованої службовій особі, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище? Як б ми до цього не ставились, але часткова дискредитація парламентської процедури внесення змін до КК (при тому, що іншої процедури у демократичному суспільстві бути не може) слугує чинником розповсюдження судової правотворчості.

Отже, *de lege lata* ВАКС мав рацію, коли інкримінував, відповідно, ч. 3 ст. 369 і ч. 4 цієї статті КК у випадках пропозиції НВ вказаним адресатам, однак належним чином не аргументував свою позицію із, мабуть, доречним у цьому разі посиланням на конституційне положення про керування верховенством права при здійсненні правосуддя. Навряд чи схвально можна оцінити і ту обставину, що захист (треба так розуміти – задовольнившись зверненням до ч. 2 ст. 75 КК) проігнорував позначений нюанс кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 369 КК.

2. Конструювання складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369 КК, як злочинів з альтернативними (точніше – варіативними) діями ставить перед науковцями і правозастосувачами і низку інших питань.

Вирішуючи одне з них, ми з М. Хавронюком сформулювали такі рекомендації: 1) у ситуації, коли особа спочатку запропонувала (пообіцяла) НВ, а згодом надала її, має місце випадок конкуренції частини і цілого, коли кожна попередня стадія злочину поглинається наступною і самостійної правової оцінки не потребує. З урахуванням того, що конкуренція кримінально-правових норм про більш ранню і більш пізню стадію одного і того ж злочину вирішується на користь статті, що передбачає відповідальність за пізнішу стадію, ці дії слід кваліфікувати лише як надання НВ (закінчений злочин) – вони не потребують окремої юридичної оцінки як пропозиція чи обіцянка (готування до злочину); 2) якщо особа прийняла пропозицію (обіцянку) НВ або просила надати її для себе чи третьої особи за вчинення (не вчинення) відповідних дій, а згодом одержала цю НВ, то вчинене треба розцінювати лише як одержання НВ (конкуренція частини і цілого) [7, с. 1090, 1092].

Однак вивчення вироків ВАКС показало, що викладений теоретичний підхід не сприймається суддями, бо при інкримінуванні відповідних частин ст. 369 або ст. 368 КК зазвичай вказується на те, що підсудний, наприклад, спочатку пропонував надати НВ, а згодом надав її, чи що «публічна» службова особа спочатку висловила прохання надати їй НВ, а згодом одержала її. Вимушений визнати, що таке формулювання обвинувачення більше, ніж наші рекомендації, узгоджується з автономною природою корупційних діянь, які задля усунення будь-яких прогалин варіативно закріплені як

закінчені делікти у чинних редакціях антикорупційних кримінально-правових заборон. Нагадаю, що у теорії кримінального права усталеним є підхід, згідно з яким злочин (на сьогодні кримінальне правопорушення) з альтернативними (варіативними) діяннями – це різновид ускладненого одиничного злочину (кримінального правопорушення), відмінного від множинності. Вчинення особою не одного, а декількох діянь, варіативно вказаних у певній кримінально-правовій забороні, підлягає врахуванню у межах такої загальної засади призначення покарання, як призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

Зі сказаного вище з-поміж іншого випливає, що прохання надати НВ утворює склад закінченого злочину, передбаченого, зокрема, ст. 368 КК, за умови, що подія обмежилась проханням, тобто одержати НВ прохачу не вдалося з причин, що від нього не залежать (інша сторона відмовилася надати НВ, або погодилася на прохання, але не встигла його виконати, тощо). Про наявність прохання надати НВ у кримінально-правовому сенсі є вести мову й у тому разі, коли службова особа (прохач) згодом одержала НВ.

Принагідно зверну увагу на те, як вдало в одному з вироків ВАКС відзначив, так би мовити, моральну застарілість підходу, закріпленого у п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» щодо моменту закінчення злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369 КК. ВАКС констатував, що згадана постанова відображає підхід до інтерпретації приписів ст. 368 КК у редакції, яка не передбачала інших (крім одержання хабара) форм об'єктивної сторони складу цього злочину. Наразі ж злочин, передбачений ч. 3 ст. 368 КК, вважається закінченим, зокрема, з моменту прохання надати НВ у великому розмірі [8].

Водночас зазначу, що конструкція «прохання надати НВ, поєднане з її вимаганням», існування якої чинна редакція ст. 368 КК не заперечує, видається алогічною, бо вказані поняття є антиподами. З огляду на лексичне значення слова «прохати» і системне тлумачення КК, прохання надати НВ, на відміну від її вимагання, не передбачає погроз для прав і законних інтересів особи та умисного створення певних умов, притаманного завуальованому вимаганням, а є лише виявленням бажання суб'єкта пасивного підкупу одержати НВ

за вчинення (не вчинення) ним дій із використанням службового становища.

Поведінка, яка розцінюється як вимагання, поряд з одержанням НВ за дії (бездіяльність) з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища, входить до об'єктивної сторони кваліфікованого складу злочину – одержання НВ, поєднаного з вимаганням. Відповідно, вимагання НВ, отримати яку суб'єкту не вдалося з причин, незалежних від його волі (не дивлячись на примус, особа НВ не надала), є не готуванням, а незакінченим замахом на одержання НВ, поєднаним із вимаганням, і має кваліфікуватися за ч. 3 ст. 15 і відповідними частинами статей 354, 368, 3683, 3684 КК. При цьому прохання НВ (хоч воно є менш суспільно небезпечною поведінкою, ніж вимагання НВ), як вже зазначалось, утворює склад закінченого злочину, а тому покарання за нього призначається без звернення до ч. 3 ст. 68 КК.

При інкримінуванні вимагання НВ як кваліфікуючої ознаки пасивного підкупу (ч. 3 ст. 368 КК) ВАКС проявив схвальну наступність, виходячи з того, що обидві форми вимагання НВ (і відкрита, і завуальована) передбачають не лише ініціативу з боку «публічної» службової особи – одержувача НВ, а й загрозу законним інтересам особи, що пов'язане з погрозою вчинення службовою особою незаконних діянь з використанням свого службового становища. Ознаку вимагання НВ ВАКС, явно не демонструючи обвинувальний ухил, бажаний для деяких горе-активістів, виключив з обвинувачення, зокрема: судді господарського суду, визнаного винуватим в одержанні НВ за часткове задоволення позовних вимог приватного підприємства [9]; судді районного суду, який одержав НВ за пришвидшення судового розгляду й ухвалення рішення в інтересах особи [10]; директора Інституту агроєкології і природокористування Національної академії аграрних наук України [11].

Цікаво, що, аргументуючи положення про відсутність розглядуваної кваліфікуючої ознаки в останній зі згаданих ситуацій, ВАКС зазначив, що вимагання НВ означає вимогу, поєднану з наявністю відкритих погроз, або створення реальних умов, що не залишають особі вибору лише як надати НВ. Співзвучну думку (про те, що вимагання НВ, коли під загрозу ставляться права та законні інтереси особи, позбавляє останню можливості супротиву до невчинення дій на користь службової особи) висловив В. Борисов [12, с. 259–260]. На мій погляд, можливість відмови має місце й у

випадку вимагання НВ; інша річ, що у зв'язку з його характеристикою така відмова є для особи (адресата вимагання), так би мовити, більш проблематичною. Як слушно зазначає з цього приводу Н. Ярмиш, при вимаганні НВ особа під впливом погрози перебуває у жорстких умовах, оскільки можуть постраждати її законні інтереси, однак це не позбавляє її можливості зробити власний вибір [13, с. 60].

Ще і таке. Законодавчі формулювання (ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК) вказують на можливість поєднання вимагання НВ не лише з її одержанням, а і з прийняттям пропозиції (обіцянки) такої вигоди. Проте з визначення поняття вимагання НВ, якщо тлумачити п. 5 примітки ст. 354 КК буквально, випливає, що особа, яка під впливом вимагання лише запропонувала (пообіцяла) НВ, але ще її не надала, не може вважатись такою, щодо якої було вчинене вимагання. Про вимагання НВ можна говорити лише тоді, коли «реакцією» на відповідну вимогу стало надання НВ, а не її пропозиція (обіцянка). Ця кваліфікуюча ознака має місце лише за наявності подальшого (після вимагання) одержання НВ. Отже, чинні редакції ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК, які допускають поєднання вимагання НВ з іншими діями належного суб'єкта, слід тлумачити обмежувально, бо: 1) таке поєднання суперечить п. 5 примітки ст. 354 КК; 2) суть вимагання не узгоджується з такими добровільними діями належного суб'єкта, як прийняття пропозиції (обіцянки) НВ.

Зазначені вище проблеми правозастосування, пов'язані з інкримінуванням вимагання НВ, цілком задовільно можуть і повинні бути вирішені у законодавчому порядку – шляхом визнання вимагання НВ окремою (автономною) формою корупційної поведінки (пасивного підкупу), про доцільність чого неодноразово писали науковці (М. Бакай, К. Задоя, В. Киричко, Д. Михайленко, Н. Ярмиш та ін.).

3. Імпонує те, що у низці обвинувальних вироків ВАКС, на підставі яких особи засуджувались за ст. 369 або ст. 368 КК, фактично відкинута «концепція реальної можливості», на неприйнятності (хибності) якої я вже наголошував [3, с. 321–331].

Так, обґрунтовуючи кваліфікацію вчиненого особою за ч. 3 ст. 368 КК, ВАКС, зокрема, зазначив, що ним враховуються також вагомість посади підсудного у сприйнятті особою, яка надає НВ, мета, яку переслідувала ця особа, та її переконаність у тому, що цієї мети буде

досягнуто завдяки можливостям посади, яку обіймає особа, яка отримує НВ [14] (йшлося про обвинуваченого – суддю). Засуджуючи за ч. 3 ст. 369 КК іноземного підприємця, який запропонував, а згодом надав НВ військовому прокурору Південного регіону України за зняття арештів із судна і вантажу, накладених ухвалами одного з районних судів м. Одеси у межах кримінального провадження, ВАКС вказав на те, що, на думку підсудного, вирішення питання зняття арешту знаходилося у компетенції прокурора [15]. Спростовуючи позицію захисту та аргументуючи кваліфікацію за ч. 3 ст. 369 КК дій осіб, визнаних винуватими у наданні НВ поліцейським, ВАКС зазначив, що обвинувачені (особи, які займалися фармацевтичним бізнесом) сприймали поліцейських – адресатів НВ як осіб, які, використовуючи службові повноваження, могли самостійно або завдяки своєму становищу залучити інших службових осіб та, як наслідок, вирішити питання щодо обстеження аптек, здійснення перевірок і видачі дозволів [16].

Водночас складно оцінити схвально ту обставину, що в останньому зі згаданих судових рішень відтворюється морально застарілий фрагмент, взятий із п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» (у частині використання службового становища у широкому розумінні цього поняття). Річ у тім, що вказаний службовий вплив із часу появи у КК ст. 369-2, присвяченої зловживанню впливом, більше не може вважатись характеристикою злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369 КК. Із цього приводу (навіть якщо не зважати на відповідні теоретичні здобутки) на сьогодні існує чіткий правозастосовний орієнтир: у постанові Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ОП ККС ВС) від 29 березня 2021 р. [17] зафіксовано положення про охоплення поняттям впливу (з погляду кваліфікації скоєного за ст. 369-2 КК) вжиття службовою особою заходів до вчинення дій іншими особами, коли службова особа використовує службовий авторитет, свої зв'язки зі службовими особами, інші можливості, обумовлені займаною посадою.

4. Серйозним чинником, що сприяє розповсюдженню у суспільстві корупційної поведінки, є посередництво у наданні-одержанні НВ. Вивчення обвинувальних вироків показує, що судді ВАКС особливих проблем із кримінально-правовою оцінкою таких дій не вбачають, визнаючи їх пособництвом у певному корупційному злочині. Типовим у цьому сенсі вважаю вирок, на підставі якого ВАКС, зокрема, за

ч. 5 ст. 27 КК, ч. 1 ст. 368 КК засудив суб'єкта, який, будучи знайомим т. в. о. директора державного підприємства (ДП) «Ржищівський військовий лісгосп», був залучений цією службовою особою, як зазначається у вироку, з метою забезпечення мінімізації можливості викриття своєї незаконної діяльності правоохоронними органами та безпечного отримання НВ за складання та видачу документів, необхідних для передачі у довгострокове тимчасове користування земельних ділянок. Засуджений, виконуючи доручення керівника ДП, отримав для передачі останньому НВ від особи, зацікавленої в отриманні відповідних документів, а також віддав документи, складені керівником ДП, зацікавленій особі [18].

Вкотре приверну увагу до того, що кваліфікація дій посередника як пособництва є можливою за умови, що така особа усунула перешкоди між надавачем та одержувачем НВ або вчинила інші дії зі сприяння вчиненню кримінального правопорушення, прямо (вичерпним чином) перераховані у ч. 5 ст. 27 КК [3, с. 380–401]. Ч. 4 ст. 3 КК забороняє застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією. Фактично ВАКС рухається у фарватері існуючої (щоб не сказати – панівної) практики, коли йдеться про непоєднане із вчиненням дій, вказаних у ч. 5 ст. 27 КК, залучення посередника для маскування та унеможливлення викриття протиправної діяльності одержувача НВ, і коли суди, розцінюючи розглядувану поведінку як пособництво, чомусь не уточнюють, яка з чітко визначених форм пособництва мала місце в тому чи іншому випадку. Дивно, що захист не помічає позначену кримінально-правову проблему.

Не викликає сумнівів те, що *de lege ferenda* треба відмовлятися від вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво у кримінальному правопорушенні. Тим більше, що відповідні «прецеденти» у межах ст. 27 КК уже створено: а) норма, присвячена підбурюванню (ч. 4 цієї статті КК), передбачає, що схилити до вчинення кримінального правопорушення можна «іншим чином»; б) описання інтелектуального пособництва (ч. 5 ст. 27 КК), який набуває вигляду обіцянки заздалегідь вчинити певні дії, подано за принципом відкритого переліку: тут використано конструкцію «або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення». До слова, хоч робоча група, яка розробляє проект нового КК, не погодилась із рецензентами (О. Дудоров, Є. Письменський) у частині відмови від такого собі радянського спадку – вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво, вона загалом адекватно відреагувала на

наше застереження щодо існуючої на сьогодні проблематичності кримінально-правової оцінки випадків посередництва при наданні-одержанні НВ, зазначивши у ч. 5 ст. 2.5.2 проекту «Види співучасників» те, що пособником є і та особа, яка сприяла іншому співучаснику кримінального правопорушення посередництвом.

5. Вивчення вироків, винесених ВАКС за ст. 369-2 КК, дозволяє з'ясувати цікаві нюанси кримінально-правової характеристики зловживання впливом.

Якщо вказівка на третю особу у ст. 368 КК характеризує здебільшого суб'єктивну сторону злочину, передбаченого цією статтею КК, то для розкриття значення вказівки на третю особу у ч. 2 ст. 369-2 КК доцільно звернутись до текстів міжнародно-правових документів, у порядку імплементації яких у КК з'явилась кримінально-правова заборона, присвячена зловживанню впливом. У ст. 18 Конвенції ООН проти корупції йдеться про вимагання або прийняття державною посадовою особою чи будь-якою іншою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої себе чи для іншої особи, щоб ця особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації або державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги. Із наведеного конвенційного тексту випливає, що про пасивне зловживання впливом можна вести мову й у тому разі, коли одержувач НВ не зголошується впливати на уповноважену особу, а, виступаючи своєрідним посередником, одержує НВ для того, хто зголошується цей вплив здійснювати.

Чинна редакція ст. 369-2 КК допускає і таке тлумачення. У згаданій постанові ОП ККС ВС сформульовано висновок про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369 КК, є будь-яка фізична осудна особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності на момент його вчинення, яка, за усвідомленням того, хто пропонує, обіцяє або надає НВ, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування [17]. Виходить, що викладене прочитання кримінального закону не повною мірою враховує ту обставину, що НВ із погляду інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК може призначатись і третій особі за її вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

В одній зі справ за ч. 2 ст. 369-2 КК ВАКС засудив адвоката, який одержав НВ для того, щоб передати її іншим особам за прийняття рішення щодо призначення двом обинуваченим покарання, не пов'язаного з реальним позбавленням волі, і невжиття заходів до оскарження такого рішення. ВАКС вирішив, що адвокат вчинив зловживання впливом, одержавши НВ для третіх осіб за вплив на прийняття рішення особами, уповноваженими на виконання функцій держави [19]. Вважаю, що інкримінування засудженому ч. 2 ст. 369-2 КК у цьому разі не виключалось, але тільки за умови, що той, кому призначалась НВ і кому вона частково була передана (із 6 тис. доларів США передано 5 тис.), був саме третьою особою, згаданою у диспозиції ч. 2 ст. 369-2 КК, а не особою, уповноваженою на виконання функцій держави і здатною ухвалити рішення на користь зацікавлених осіб, які надали НВ. При цьому з вироку ВАКС незрозуміло, чи той, кому передано частину НВ (матеріали щодо цієї особи виділено в окреме кримінальне провадження), був особою, уповноваженою на виконання функцій держави (треба так розуміти – суддею). Якщо так, то кваліфікацію вчиненого адвокатом за ч. 2 ст. 369-2 КК вважаю неточною, бо він вчинив не зловживання впливом, а, швидше за все, посередництво у наданні-одержанні НВ.

Подібні критичні міркування видаються доречними щодо інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК Особі 2, яка, будучи суддею, одержала від громадянина НВ за вплив на іншого суддю (Особу 4) для прийняття останнім рішення в інтересах громадянина – надавача НВ. Із вироку ВАКС випливає, що гроші частково (20%) призначались (нібито) для судді (Особі 4), який ухвалив бажане для громадянина рішення, і останній надавав НВ саме з таким розрахунком або принаймні проти цього не заперечував. Обґрунтовуючи кваліфікацію скоєного Особою 2 як зловживання впливом, ВАКС слушно зазначив таке: зі змісту диспозиції ч. 2 ст. 369-2 КК вбачається, що НВ може одержуватись як особисто для суб'єкта злочину, так і для третьої особи, і на кваліфікацію дій обвинуваченого ця обставина не впливає. Водночас інші, наведені у вироку аргументи на користь інкримінування Особі 2 ч. 2 ст. 369-2 КК, підтримати складно. Із вироку ВАКС: питання, чи передавались фактично гроші третій особі, і чи збирався обвинувачений їх передавати, не входить до предмету доказування і не має значення для встановлення ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК. Тому питання, чи передавалась Особі 4 (іншому судді) частина

одержаної Особою 2 НВ, не входить до предмету доказування за інкримінованим злочином [20]. Вимушений повторити: третя особі з погляду кваліфікації вчиненого за ч. 2 ст. 369-2 КК – це не особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; якщо ж НВ (принаймні частково) призначалась для передачі уповноваженій особі (у нашому випадку – іншому судді – Особі 4), то вчинене виходить за межі зловживання впливом – фоновій корупції, ідею якої доволі незграбно втілює чинна редакція ст. 369-2 КК.

Короткий відступ: після вивчення матеріалів судової практики (і практика ВАКС із застосування ст. 369-2 КК, на жаль, не стала винятком) складається враження, що завдяки існуванню цієї кримінально-правової заборони зусилля правоохоронців зосереджуються на фоновій корупції – на шкоду викриттю корупційної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зв'язок яких із тими, хто засуджується за пасивне зловживання впливом зазвичай не встановлюється. Цьому сприяє поширення практики укладання угод про визнання винуватості.

Іншим виразом за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 369-2 КК ВАКС засудив адвоката, який, діючи за дорученням голови суду, отримав НВ для нього за вплив на слідчого суддю в інтересах особи, яка надала НВ. ВАКС вирішив, що обвинувачений вчинив пособництво у зловживанні впливом, тобто пособництво в одержанні НВ для себе за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави [21]. Як бачимо, у цьому разі ВАКС вказівку у ч. 2 ст. 369-2 КК на третю особу «не помітив», що своїм наслідком мало визнання (як на мене, помилкове) одержувача НВ не виконавцем зловживання впливом, а пособником цього злочину.

Вплив, яким «торгує» суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, може бути як реальним, так і удаваним, тобто поведінка суб'єкта пасивного зловживання впливом є корумпованою щонайменше суб'єктивно [3, с. 376–379]. Акцентувавши увагу на реальності впливу саме в уявленні того, хто вчиняє активне зловживання впливом [17], ОП ККС ВС, як видається, підтвердила слушність наведеної теоретичної позиції.

У цьому плані викликає інтерес справа, в якій ВАКС зробив висновок про правильність кримінально-правової оцінки як

зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК) одержання Особою 1 коштів (10 тис. доларів США) за вплив на працівників поліції з метою закрити кримінальні провадження. У вироку зазначається, що, хоч обвинувачений на час вчинення інкримінованого діяння не здійснював повноваження судді, раніше він протягом майже чотирнадцяти років працював на різних посадах в судах м. Дніпра (зокрема, заступником голови одного із районних судів), а тому міг мати широкі зв'язки серед службових осіб правоохоронних органів Дніпропетровщини. Захисник наполягав на тому, що органом досудового розслідування не здобуто доказів на підтвердження того, що Особа 1 мав умисел здійснювати вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, у зв'язку з чим його дії мали кваліфікуватись за ст. 190 КК «Шахрайство». Спростовуючи позицію захисту, ВАКС вказав на те, що своїми діями обвинувачений сформував у заявника суб'єктивне сприйняття його дій як надання НВ, тобто дій, завдяки яким можна закрити кримінальні провадження. При цьому саме діяння, за вчинення якого Особа 1 одержав НВ, перебуває поза межами складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК; його фактичне невчинення не впливає на відповідальність за цією статтею КК, через що відсутні підстави для кваліфікації дій обвинуваченого за ст. 190 КК [22].

Апеляційна палата ВАКС, хоч і визнала правильною кваліфікацію дій Особи 1 за ч. 2 ст. 369-2 КК, розцінила як помилковий висновок суду першої інстанції про те, що відповідальність за ст. 369-2 КК настає незалежно від того, реальною чи удаваною є можливість впливу обвинуваченого на осіб, уповноважених на виконання функцій держави [23]. Ігнорування можливості удаваного (стверджуваного) впливу при вчиненні розглядуваного злочину вимушений оцінити критично. Перекоаний у тому, що у частині охоплення удаваного впливу диспозицією кримінально-правової норми, присвяченої пасивному зловживанню впливом, рацію мала не Апеляційна палата ВАКС, а суд першої інстанції.

Водночас в аспекті з'ясування правильності кваліфікації дій обвинуваченого куди серйозніше значення мала інша обставина, подібна до згаданих вище при оцінці інших судових рішень, винесених ВАКС за ст. 369-2 КК. Викладаючи фабулу, Апеляційна палата ВАКС зазначила у своїй ухвалі, що Особа 1 «запевнив у своїй можливості вплинути на службових осіб Головного управління Національної поліції в Дніпропетровській області з метою

закриття кримінальних проваджень та припинення кримінального переслідування Особи 2 за умови надання неправомірної вигоди співробітникам поліції в розмірі 10 000 доларів США, на що останній вимушено погодився, усвідомлюючи реальність ризику притягнення його до кримінальної відповідальності» [23].

Якщо НВ призначалась і надавалась Особі 1 (колишньому судді), який пообіцяв завдяки своїм зв'язкам із правоохоронцями вплинути на поліцейських з тим, що ті в інтересах Особи 2 закрили кримінальні провадження, то кваліфікацію дій обвинуваченого за ч. 2 ст. 369-2 КК вважаю правильною (зокрема, через охоплення удаваного впливу диспозицією цієї кримінально-правової норми). Якщо ж НВ призначалась і передавалась Особою 2 через Особу 1 для поліцейських, а Особа 1 мав умисел заволодіти грошовими коштами і не передавати їх за призначенням, то у скоєному вбачаються ознаки шахрайства, а отже, захисник, який ставив питання про кваліфікацію дій Особи 1 за ст. 190 КК, мабуть, був правий. Нагадаю, що панівний у судовій практиці підхід до кримінально-правової оцінки удаваного посередництва як шахрайства знаходив чітке відбиття у п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»: якщо винна особа отримує від іншої особи гроші чи цінності нібито для передачі службовій особі як хабар, маючи намір не передавати їх, а привласнити, вчинене треба кваліфікувати як шахрайство.

У постанові від 29 березня 2021 р. ОП ККС ВП зробила висновок про охоплення (з погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК) поняттям впливу, зокрема, використання дружніх, родинних, особистих стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування [17]. У частині родинних, дружніх чи інших подібних стосунків між людьми, «позбавлених» професійного чи соціального навантаження, як характеристики розглядуваного корупційного злочину, звісно, можна дискутувати і далі [24, с. 68–71], однак у практичній площині позиція сформульована чітко і має враховуватись іншими правозастосувачами.

В одному з кримінальних проваджень, розглянутих ВАКС, захисник обвинуваченого, заперечуючи правильність кваліфікації дій останнього за ч. 2 ст. 369-2 КК, стверджував, що його підзахисний не належав до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не був особою, яка мала право на зміну кваліфікації злочину в кримінальному досудовому та судовому

провадженні та могла впливати на такі дії за своїм правовим статусом. Спростовуючи позицію захисту і висловлюючись співзвучно позиції, відбитій у постанові ОП ККС ВС, Апеляційна палата ВАКС вказала на те, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, зокрема її ч. 2, є загальним. Спеціальним має бути лише суб'єкт, на якого здійснюється зловживання впливом, однак вказана ознака складу злочину належить до його об'єктивної сторони. Здійснення впливу на такого спеціального суб'єкта може базуватися не лише на відносинах службової підпорядкованості (як про це зазначив захисник), а й на інших ресурсах (гарні стосунки, у т. ч. службові, дружба, залежність особистого характеру тощо). Наявність можливості здійснювати вказаний вплив на підставі тривалих робочих контактів по службі обвинуваченого як слідчого прокуратури із прокурорами, які здійснювали процесуальне керівництво, та їхніми керівниками, підтверджується матеріалами кримінального провадження [25].

Проведений аналіз матеріалів судової практики учергове переконує у невиправданій ускладненості вітчизняного антикорупційного законодавства, яка, з одного боку, виступає підґрунтям для неоднозначного тлумачення кримінально-правових норм та, як наслідок, суперечливого правозастосування, а, з іншого, слугує серйозним аргументом на користь системного оновлення цього законодавства, що має охопити змістовно пов'язані між собою структурні частини кримінального й адміністративно-деліктного законодавства.

Учасникам антикорупційних кримінальних проваджень не завадило б професійніше ставитись до проблематики матеріального кримінального закону: він, за логікою речей, визначаючи, які конкретно акти корупційної поведінки заборонено, та які кримінально-правові наслідки повинні наставати у разі порушення певних заборон, є первинним.

Із низки причин практика розгляду кримінальних проваджень ВАКС (автор тез може більш-менш фахово говорити саме і тільки про кримінально-правовий інструментарій) поки що не стала орієнтиром для формування усталеної й уніфікованої практики розгляду відповідних категорій проваджень іншими судами. Щоправда, в Україні не ВАКС, а ВС покликаний забезпечувати сталість та єдність судової практики, прогнозованість судових рішень, що потрібно для досягнення правової визначеності як однієї зі складових верховенства права. Попри передбачену законодавством (ст. 46

Закону України «Про судоустрій і статус суддів») можливість надання Пленумом ВС за результатами узагальнень судової практики роз'яснень рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства, ВС наразі задля забезпечення однаковості судової практики використовує інші (процесуальні) інструменти. Оцінка слушності такої практики – тема окремої розмови.

Список використаних джерел:

1. ВАКС за 2 роки роботи. URL: <https://hcac.court.gov.ua/hcac/pres-centr/news/1174459/> (дата звернення: 4.10.2021).
2. Валько В. Кого и за что отправил в тюрьму Высший антикоррупционный суд за два года работы. URL: <https://zn.ua/internal/koho-i-za-chto-otpravil-v-tjurmju-vyssij-antikorrupsionnyj-sud-za-dva-hoda-raboty.html> (дата звернення: 4.10.2021).
3. Дудоров О.О., Коломоець Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя: ВД «Гельветика», 2019. 476 с.
4. Вирок Вищого антикорупційного суду від 23 вересня 2020 р. у справі № 991/7534/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91734953> (дата звернення: 4.10.2021).
5. Вирок Вищого антикорупційного суду від 28 травня 2020 р. у справі № 991/3382/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89498553> (дата звернення: 4.10.2021).
6. Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П. та ін. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. 464 с.
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
8. Вирок Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 29 квітня 2021 р. у справі № 758/11219/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96642132> (дата звернення: 4.10.2021).
9. Вирок Вищого антикорупційного суду від 7 жовтня 2020 р. у справі № 385/619/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92065493> (дата звернення: 4.10.2021).

10. Вирок Вищого антикорупційного суду від 22 липня 2020 р. у справі № 487/5684/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90537916> (дата звернення: 4.10.2021).
11. Вирок Вищого антикорупційного суду від 30 липня 2021 р. у справі № 752/7440/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98685039> (дата звернення: 4.10.2021).
12. Борисов В.І. Відгук офіційного опонента на дисертацію О.Д. Ярошенко «Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України)», подану на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. *Питання боротьби із злочинністю*. 2014. Вип. 28. С. 253–261.
13. Ярмиш Н. Вимагання неправомірної вигоди та прохання її надати: складнощі розмежування. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4. С. 58–63.
14. Вирок Вищого антикорупційного суду від 3 червня 2021 р. у справі № 754/10882/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97399938> (дата звернення: 4.10.2021).
15. Вирок Вищого антикорупційного суду від 12 травня 2021 р. у справі № 757/38626/17-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96838212> (дата звернення: 4.10.2021).
16. Вирок Вищого антикорупційного суду від 11 листопада 2020 р. у справі № 554/5163/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92782247> (дата звернення: 4.10.2021).
17. Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 березня 2021 р. у справі № 554/5090/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938> (дата звернення: 4.10.2021).
18. Вирок Вищого антикорупційного суду від 28 серпня 2020 р. у справі № 758/11219/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91209558> (дата звернення: 4.10.2021).
19. Вирок Вищого антикорупційного суду від 12 червня 2020 р. у справі № 409/1465/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89796408> (дата звернення: 4.10.2021).

20. Вирок Вищого антикорупційного суду від 10 червня 2021 р. у справі № 454/2576/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97548253> (дата звернення: 4.10.2021).
21. Вирок Вищого антикорупційного суду від 22 травня 2020 р. у справі № 991/3607/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89390976> (дата звернення: 4.10.2021).
22. Вирок Вищого антикорупційного суду від 17 березня 2021 р. у справі № 758/1780/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95601523> (дата звернення: 4.10.2021).
23. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 7 червня 2021 р. у справі № 758/1780/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97608842> (дата звернення: 4.10.2021).
24. Дудоров О.О. Кваліфікація зловживання впливом – питань стало менше. *Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Кримінальний кодекс України 2001 року: 20 років після прийняття» (29 квітня 2021 року) / упоряд. А.А. Стрижевська, К.П. Задоя, Д.С. Птащенко, С.Д. Шапченко. Київ, 2021. С. 65–73.*
25. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 27 квітня 2021 р. у справі № 758/5744/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96838261> (дата звернення: 4.10.2021).

КРАВЧУК ОЛЕКСІЙ ОЛЕГОВИЧ,
суддя Вищого антикорупційного суду,
доктор юридичних наук, доцент

ДОПИТ СВІДКА У ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ В ЧАСИ COVID-19

Показання свідка – є одним із основних джерел доказів у кримінальному процесі, хоча й одним із найменш надійних [1] адже з часом в пам'яті людини подробиці обставин, що минули, втрачаються або змінюються настільки, що їх доказова сила знижується. Досить часто свідки в кримінальному суді мають тенденцію відповідати на запитання: «не пам'ятаю, бо минуло вже багато часу». Окрім того, як пише Я.С.Калмикова, іноді важко визначити межу між повідомленням свідка про відомі йому обставини та його судженнями про ці ж обставини, через те, що вони тісно пов'язані між собою; це пояснюється тим, що прогалини у сприйнятті та запам'ятовуванні події свідок компенсує (іноді сам того не усвідомлюючи), шляхом власних суджень і висновків [2].

Право на перехресний допит свідків обвинувачення, а також виклик і допит свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення – є складовою права на справедливий суд, гарантованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Вищий антикорупційний суд має юрисдикцію, що поширюється на всю територію України, тобто на злочини, які, за версією сторони обвинувачення, вчинені в усіх регіонах. Сторона обвинувачення на стадії судового розгляду в ВАКС представлена, в основному, прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, яка розташована в місті Києві. Сторона ж захисту представлена учасниками з різних місцевостей України. Так само, з різних регіонів є свідки (як правило, вони проживають на території, наближеній до місця вчинення інкримінованого злочину). Тож питання про прибуття свідків на судові засідання ВАКС – є доволі актуальним, адже більшість їх мешкають не в місті Києві, де розташований суд.

Ситуація з прибуттям свідків загострилася під час першого локдауну, коли було зупинене міжобласне сполучення, закриті вокзали й автостанції [3]. Тоді перед судом практично в кожній справі, що наближалася до стадії допиту свідків або перебувала в цій стадії,

постало питання виклику і допиту їх у режимі відеоконференції з суду, розташованого за місцем їх постійного проживання. Здебільшого, це стосувалося й інших учасників, які далеко завжди не могли прибути до суду для участі в судових засіданнях.

З динамікою карантинних обмежень, рух транспорту відновився, і логістичні труднощі для представників сторони захисту (явка яких є обов'язковою) щодо прибуття в судові засідання, були вирішені. Водночас, суд мав і має тенденцію задовольняти клопотання сторони захисту про проведення судового засідання в режимі відеоконференції за участі як обвинуваченого, так і його захисників. Так само, суд часто задовольняє клопотання сторін про відеоконференцію з метою допиту свідків.

Суддя-спікер ВАКС Катерина Сікора наводить статистичні дані щодо призначення суддями ВАКС відеоконференцій, вказуючи, що в період із 05.09.2019 (дата початку процесуальної діяльності суду) до 31.07.2021 ВАКС у 1497 випадках (що становить 96% від загальної кількості випадків) призначив відеоконференцію, і в 55 випадках відмовив. При цьому із вказаної загальної кількості 1555 ухвал, 819 – стосувалося проваджень у суді першої інстанції, а 736 – проваджень слідчих суддів. Катериною Сікорою зазначається, що серед основних причин відмови судом у проведенні ВКЗ були необґрунтованість клопотання, відсутність технічної можливості, неможливість проведення ВКЗ з використанням власних технічних засобів не з приміщення суду або установи попереднього ув'язнення (зокрема, з робочого місця адвоката) [4].

Зі змінами в КПК, внесеними невдовзі після початку карантину в 2020 р., згода учасників, зокрема, обвинуваченого, в більшості випадків не є обов'язковою умовою призначення й проведення відеоконференції [5].

Як правило, сторони не заперечують проти допиту свідків у режимі відеоконференції, за двома основними винятками: (1) якщо йдеться про допит “ключового” свідка (свідків); (2) якщо сторони мають намір демонструвати свідкові паперові документи або речові докази, і ставити щодо них запитання згідно з ч. 3 ст. 357, ч. 2 ст. 358. У таких випадках сторона (як сторона обвинувачення, так і сторона захисту) або сторони надають суду аргументовані заперечення, наполягаючи на виклику свідка безпосередньо до суду.

Щодо “ключового” свідка, то заперечення сторін ґрунтуються, в основному, на тому, що суд повинен подивитися в обличчя такому свідку, щоб надати належну оцінку його показанням. Водночас у часи пандемії допит свідка, навіть безпосередньо в суді, змінився.

Загалом, достовірність показань свідків суд оцінює саме з позицій життєвого досвіду, враховуючи, зокрема, співвідношення цих показань із іншими доказами по справі, а також емоційне відчуття правдивості тих чи інших тверджень свідка, що виникає, зокрема, від його постаті, поведінки під час допиту, виразу обличчя, очей і т.д. І ще один атрибут часів карантину – медична маска на обличчі свідка, яку нині обов’язково треба носити в громадських місцях, загалом, може заважати формуванню такого більш цілісного сприйняття, враховувати психо-емоційні характеристики. Із зовнішніх візуальних ознак, що безпосередньо сприймаються суддею при допиті свідка в масці, залишаються, по суті, лише очі, постать, поведінка та голос – а в решті безпосередній допит свідка стає дещо більш подібним до зачитування його письмових показань [6]. Тому, допит свідка в режимі відеоконференції, наприклад, за місцем його проживання, де він міг би бути без маски, ймовірно, дав би можливість суду справді подивитися в обличчя свідка, і побачити в ньому більше, ніж навіть коли свідок фактично прибув до суду, але перебуває в засіданні в медичній масці.

Проте вимога ч. 4 ст. 336 КПК щодо встановлення особи судовим розпорядником та обов’язкового перебування поряд із нею до кінця процесуальної дії, а також застарілий характер Інструкції від 15.11.2012 № 155, як правило, перешкоджають проведенню відеоконференції для допиту свідка не з приміщення суду [7]. Застарілий характер згаданої Інструкції перешкоджає і застосуванню сучасних технічних засобів при допиті свідків у режимі відеоконференції та пред’явлення їм паперових документів. Іноді суд або сторони зачитують зміст документів, щоб поставити свідкові, який допитується в режимі відеоконференції, запитання щодо них. Якщо йде мова про демонстрацію документу у вигляді відеозапису, в суду, як правило, є технічна можливість щодо його відтворення під час допиту свідків. Загалом, сторонам варто готуватися до допиту завчасно, передбачити необхідність для допиту свідків пред’явлення свідкам документів або речових доказів, та повідомити про це суд під час виклику конкретного свідка, для того, щоби не виникало необхідності в повторному допиті свідка. Якщо йдеться про питання

щодо паперових документів, необхідно завчасно повідомити суд про перелік документів, які необхідно продемонструвати свідкові – для сканування секретарем судового засідання такого документа задля демонстрації його свідкові з допомогою технічних засобів відеоконференції. Якщо будь-яка зі сторін під час допиту в суді не задала всі необхідні їй питання свідкові, але мала можливість це зробити під час його допиту (тобто не йдеться про появу додаткових доказів, тісно пов'язаних із наданими раніше показаннями свідка), це, як правило, не є підставою для повторного допиту свідка.

Деякі юристи вважають, що допит свідка в режимі відеоконференції – порушує принцип безпосередності отримання усних показань, передбачений ст. 23 КПК.

Верховний суд у постанові по справі № 725/6078/14-к щодо допиту свідка зазначив, що саме по собі проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження не суперечить вимогам Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, нормам національного законодавства (ст. 336 КПК України), та є прийнятною формою участі в судовому розгляді, яке не свідчить про порушення принципів його справедливості і публічності. Аналізуючи обставини, за яких свідок брав участь дистанційно у судовому засіданні, Верховний суд у цій справі прийшов до висновку, що перебування свідка під час допиту в іншому приміщенні не вплинуло на ефективність участі сторони захисту у судовому процесі і жодним чином не перешкодило реалізувати обвинуваченому свої права, у тому числі право на допит свідка; відповідно, право на справедливий суд не було порушено [8].

Хоча кримінальне провадження – це втручання держави в права, насамперед, обвинуваченого, необхідно розуміти, що виклик до суду – це втручання також і в права свідка, пов'язане, зокрема, з відривом від його звичних занять; в умовах пандемії COVID-19 прибуття свідків до суду є утрудненим. Водночас, кримінальна справа повинна бути розглянута судом у розумний строк, адже це – одне з основних прав як обвинуваченого, так і потерпілого. Це необхідно розуміти всім учасникам, та намагатися застосувати сучасні засоби комунікацій для проведення допиту свідків. Суд сприяє сторонам в реалізації їх прав на прямий та перехресний допит свідків, а сучасні технології та якість зв'язку, як правило, дозволяють повною мірою забезпечити ефект присутності, і жодним чином не обмежує сторін, що перебувають у режимі відеоконференції [9].

Під час карантину неявки свідків почастишали, однією з причин чого були і є практичні ускладнення із врученням повісток, також пов'язані з карантином. Тому якщо свідок не має можливості (або категорично не бажає, посилаючись на карантинні обмеження) з'явитися до суду, суд має тенденцію допитати його в режимі відеоконференції. Іноді сторона захисту (всі представники або їх частина) також вважає за необхідне взяти участь в режимі відеоконференції, у судовому засіданні в тому ж суді, де перебуває свідок. Прокурори іноді мають щодо цього обґрунтовані заперечення, водночас, вони також не позбавлені можливості розділитися, і відвідати засідання в суді, з яким організовано відеоконференцзв'язок, адже над складними справами, зазвичай, працюють група прокурорів.

Якщо належним чином повідомлений свідок не з'являється до суду без поважних причин, суд застосовує заходи забезпечення (грошове стягнення, привід). Коли ж свідка допитати не вдається, суд не може прийняти його показання, надані під час досудового розслідування – оскільки не забезпечується право на перехресний допит, такі позасудові показання є недопустимими доказами за ст. 23, п. 3. ч. 2 ст. 87 КПК, п. 3с ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Висновки. Пандемія COVID-19 обумовила загальну тенденцію переходу в онлайн, що торкнулося і кримінального судочинства.

Значно більш широке використання у суді відеоконференцій, зокрема, і для допиту свідків, слід сприймати як особливість часів пандемії COVID-19, так само, як і обов'язок носіння масок всіма учасниками судових засідань. Це необхідно враховувати не лише сторонам, але і суддям. Суддям необхідно також забезпечити, щоби ці особливості не зашкодили загальній справедливості судового розгляду. Зокрема, мають додержуватися засади рівності сторін, презумпція невинуватості, право на перехресний допит, право надати докази, що спростовують показання свідків, інші процесуальні гарантії [6].

Суди частіше призначають і проводять відеоконференції, зокрема, й для допиту свідків. Відповідно, суд має тенденцію задовольняти клопотання про допит свідка в режимі відеоконференції. Наявність заперечень сторін, у т.ч. обвинуваченого – не є, як правило, перешкодою для допиту свідка в режимі відеоконференції. Такі клопотання можуть бути подані сторонами, водночас, на практиці,

з заявами щодо їх допиту в режимі відеоконференції можуть звертатися і свідки, що викликані судом, за наявності перешкод для прибуття до суду (свідки вказують про це в заяві або повідомленні про неможливість або утруднення прибуття до суду).

Доцільно внести зміни до процесуального законодавства, передбачивши можливість проведення судових засідань у кримінальній справі в режимі відеоконференції із застосуванням власних технічних засобів із-поза приміщення суду, передбачивши порядок установа особи, за аналогією до інших процесуальних кодексів. Аналогічних змін та приведення у відповідність до вимог сьогодення потребує й Інструкція від 15.11.2012 № 155.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Гнатенко О. Показання як докази в економічних злочинах: правила протидії стороні обвинувачення. Юрліга, 06.07.2020. https://jurliga.ligazakon.net/news/196591_pokazannya-yak-dokazi-v-ekonomichnikh-zlochinakh-pravila-protid-storon-obvinuvachennya
2. Калмикова Я.С. Показання свідка як засіб доказування в адміністративному судочинстві. Часопис Київського університету права, 2015, № 1, с. 119-122. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2015_1_30
3. Постанова Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211 “Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2” (з подальшими змінами й доповненнями).
4. Сікора К. Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції у кримінальному судочинстві: нюанси та проблеми. Судово-юридична газета, 07.09.2021. <https://sud.ua/ru/news/blog/212639-provedennya-protsesualnikh-diy-u-rezhimi-videokonferentsiyi-u-kriminalnomu-sudochinstvi-nyuansi-ta-problemi>
5. Закон України «Про внесення зміни до пункту 20-5 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України щодо особливостей судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та розгляду окремих питань під час судового провадження на період дії карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 13 квітня 2020 року № 558-IX. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/558-20#n16>

6. Кравчук О., Остащук І. Медична маска в судовому засіданні – пов’язка Феміди чи обмеження права на суд? Публічне право, 2021, № 2, с. 119-129. <https://doi.org/10.32782/2306-9082/2021-42-12>
7. Інструкція про порядок роботи з технічними засобами відеозапису ходу і результатів процесуальних дій, проведених у режимі відеоконференції, під час судового засідання (кримінального провадження), затверджена наказом Державної судової адміністрації України від 15.11.2012 № 155. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0155750-12#Text>
8. Постанова Верховного суду від 29 жовтня 2020 року в справі № 725/6078/14-к. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92602247>
9. Кравчук О.О. Судові сервіси у Вищому антикорупційному суді під час пандемії. Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі: матеріали V Міжнар. наук.- практ. конф. (Київ, 9–10 груд. 2020 р.) : у 2 ч. К.: Нац. акад. внутр. справ, 2020. Ч. 1. С. 165-169. https://www.naiu.kiev.ua/files/naukova-diyalnist/naukovi-zaxodi/zbirniki/2020/anty-korupc1_1.pdf

МИХАЙЛЕНКО ВІРА ВОЛОДИМИРІВНА,
суддя Вищого антикорупційного суду
кандидат юридичних наук

ВИКРИВАЧ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ЛЕГІТИМІЗОВАНИЙ ІНСАЙДЕР ЧИ СУБ'ЄКТ БЕЗ СТАТУСУ?

З недавнього часу у кримінально-процесуальній системі координат виник викривач як учасник кримінального провадження. У відповідності до п. 16-² ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України ним є фізична особа, яка за наявності переконання, що інформація є достовірною, звернулася із заявою або повідомленням про корупційне кримінальне правопорушення до органу досудового розслідування. Це кримінально-процесуальне визначення відрізняється від того, що міститься в Законі України «Про запобігання корупції». Так, Закон визначає викривача як фізичну особу, яка за наявності переконання, що інформація є достовірною, повідомила про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень цього Закону, вчинених іншою особою, якщо така інформація стала їй відома у зв'язку з її трудовою, професійною, господарською, громадською, науковою діяльністю, проходженням нею служби чи навчання або її участю у передбачених законодавством процедурах, які є обов'язковими для початку такої діяльності, проходження служби чи навчання. За логікою закону, викривач – це так би мовити **легітимізований інсайдер**, який представляє інформацію про корупційні факти, що стала відома йому із того ж середовища, в якому він постійно або тимчасово перебуває. В свою чергу, в цілях кримінального провадження не має значення сфера, з якої особа дізналася про відповідні діяння.

Але це не єдина відмінність у визначенні. Закон має ширшу дію захисту і включає, крім власне *корупційних правопорушень* (які у кримінальному аспекті втілені у положення статей 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, та статей 210, 354, 364, 364-¹, 365-², 368-369-² КК України), правопорушення, пов'язані з корупцією. У Кримінальному кодексі України також наявні *кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією* - ст. 366-²,

366-³ КК України (абзац другий примітки до статті 45 КК України). Цими положеннями КК був доповнений вже після введення в дію інституту викривачів, на підставі Закону України від 29 червня 2021 року № 1576-ІХ «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Однак на визначенні викривача такі доповнення кримінального законодавства не відобразилися.

Іншим моментом, який звертає на себе увагу, є допущене у КПК України формулювання *«за наявності переконання, що інформація є достовірною»*. У роз'ясненні Національного агентства з питань запобігання корупції (далі по тексту НАЗК) від 26.10.2020 № 10 «Щодо правового статусу викривача у кримінальному провадженні» надано тлумачення цього словосполучення. Це стан упевненості особи в тому, що інформація, яку вона повідомляє, свідчить про можливі факти вчинення корупційного правопорушення, і цей стан ґрунтується на її знанні ознак корупційного правопорушення, життєвому чи професійному досвіді або інших обставинах. *Достовірність інформації* – властивість підтверджувати наявність чи відсутність фактичних даних про можливі факти корупційних правопорушень, заснована на внутрішньому переконанні викривача. Така особлива характеристика впливає й на кримінально-процесуальне розуміння статусу заявника. Враховуючи, що викривач є різновидом заявника, про що свідчить п. 25 ч. 1 ст. 3 та ч. 3 ст. 60 КПК України, складається враження, що заявник, який не являється викривачем, може не бути переконаним в тому, що представлена ним інформація про вчинення кримінального правопорушення є достовірною. З питанням достовірності інформації пов'язане й інше питання: в який момент це має бути перевірене - під час внесення відомостей до ЄРДР чи в процесі досудового розслідування? Адже відомості із заяви, повідомлення заявника-викривача мають бути внесені до реєстру в загальному порядку - невідкладно, але не пізніше 24 годин після їх подання. А способу перевірки достовірності інформації протягом цього часу закон не передбачає.

Отже, певні проблеми практичного застосування процесуальних положень про участь викривача виникають з огляду на термінологічні

розбіжності та додаткові особливості вже на етапі його об'єктивізації як учасника кримінального провадження.

Норми КПК України та Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення не передбачають внесення інформації про викривача до ЄРДР. Таким чином, факт початку досудового розслідування за участю викривача підтверджується внесенням його ідентифікуючих або зашифрованих даних у графу, що стосується прізвища, ім'я, по батькові (найменування) потерпілого або заявника, з подальшим повідомленням НАЗК про розпочате досудове розслідування. Із норм чинного законодавства простежується логіка участі викривача протягом всього кримінального провадження. Так, відповідно до п.3-¹, 8-¹ ч. 2 ст. 291 КПК України анкетні відомості викривача та розмір пропонованої винагороди вносяться до обвинувального акту; згідно з п. 7-² ч. 1 ст. 368 КПК України ухвалюючи вирок, суд повинен вирішити чи є підстави для виплати винагороди викривачу і, якщо так, у якому розмірі та в якому порядку; на підставі ч. 4 ст. 374 КПК України у разі визнання особи винуватою в резолютивній частині вироку зазначається рішення про винагороду викривачу, а з огляду на ч. 7 ст. 130-¹ КПК України він має право оскаржити судові рішення в частині, що стосується його інтересів під час вирішення питання виплати йому винагороди.

Однак, при цьому законодавець належним чином не продумав процесуальної участі цього учасника протягом кримінального провадження. Зокрема, невизначеним є повний комплекс прав викривача, його обов'язки; незрозуміло, чи відрізняється його участь від участі свідка, чи бере він участь у слідчих (процесуальних) діях, якщо так, то з яким статусом.

Відповідно до Закону України «Про запобігання корупції» права викривача виникають з моменту повідомлення інформації про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень цього Закону. Викривач має право: 1) бути повідомленим про свої права та обов'язки, передбачені цим Законом; 2) подавати докази на підтвердження своєї заяви; 3) отримувати від уповноваженого органу, до якого він подав повідомлення, підтвердження його прийняття і реєстрації; 4) давати пояснення, свідчення або відмовитися їх давати; 5) на безоплатну правову допомогу у зв'язку із захистом прав викривача; 6) на конфіденційність; 7) повідомляти про можливі факти корупційних

або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень цього Закону без зазначення відомостей про себе (анонімно); 8) у разі загрози життю і здоров'ю на забезпечення безпеки щодо себе та близьких осіб, майна та житла або на відмову від таких заходів; 9) на відшкодування витрат у зв'язку із захистом прав викривачів, витрат на адвоката у зв'язку із захистом прав особи як викривача, витрат на судовий збір; 10) на винагороду у визначених законом випадках; 11) на отримання психологічної допомоги; 12) на звільнення від юридичної відповідальності у визначених законом випадках; 13) отримувати інформацію про стан та результати розгляду, перевірки та/або розслідування за фактом повідомлення ним інформації. Права та гарантії захисту викривачів поширюються на близьких осіб викривача. Разом з тим, в кримінально-процесуальну площину переважна більшість цих прав не імplementована.

Враховуючи, що викривач є різновидом заявника, логічно, що на початкових етапах кримінального провадження, він має загальні права заявника - отримати від органу, до якого він подав заяву, документ, що підтверджує її прийняття і реєстрацію; отримувати витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі по тексту ЄРДР); подавати на підтвердження своєї заяви речі і документи; отримати інформацію про закінчення досудового розслідування (ч. 2 ст. 60 КПК України); отримати копію постанови слідчого про закриття кримінального провадження; оскаржити прокурору постанову слідчого про закриття кримінального провадження; отримати копію постанови прокурора про закриття кримінального провадження та/або провадження щодо юридичної особи (ч. 6 ст. 284 КПК України); оскаржити бездіяльність, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до реєстру після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, а також у нездійсненні інших процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у визначений Кодексом строк (п.1 ч. 1 ст. 303 КПК України); оскаржити слідчому судді рішення слідчого про закриття кримінального провадження (п.3 ч. 1 ст. 303 КПК України) та рішення прокурора про закриття кримінального провадження та/або провадження щодо юридичної особи (п.4 ч. 1 ст. 303 КПК України); оскаржити в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді, постановлену за наслідками розгляду скарги на бездіяльність уповноваженої особи щодо внесення відомостей до ЄРДР (рішення Конституційного Суду № 4-п(II)/2020 від 17.06.2020).

В подальшому участь викривача пов'язана з можливістю реалізації прав та гарантій, притаманних свідку чи потерпілому. Зокрема, Законом передбачено, що викривачі, їх близькі особи перебувають під захистом держави. За наявності загрози життю, житлу, здоров'ю та майну викривачів, їх близьких осіб у зв'язку із здійсненням повідомленням про можливі факти правопорушень правоохоронними органами до них можуть бути застосовані правові, організаційно-технічні та інші спрямовані на захист від протиправних посягань заходи, передбачені Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві».

Що стосується спеціальних прав, то КПК України передбачено право на оскарження бездіяльності щодо повідомлення Національного агентства з питань запобігання корупції про початок досудового розслідування за участю викривача (ч. 9 ст. 214, п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК України), право отримувати інформацію про стан досудового розслідування, розпочатого за його заявою чи повідомленням (ч. 3 ст. 60 КПК України), право на винагороду та право оскаржити вирок в частині, що стосується його інтересів під час вирішення питання виплати йому винагороди (ст. 130-1 КПК України). При чому два останні пов'язані з проблемами практичного застосування, оскільки не зрозумілим є співвідношення понять «інформація про стан досудового розслідування» і відомості досудового розслідування (ст. 222 КПК України), (2) наявність підстав для виплати винагороди викривачу визначає суд, а критерії, які можуть бути взяті для цього – відсутні (зазначені у ст. 130-1 КПК України суми не є такими критеріями). Закон України «Про запобігання корупції» надає викривачу також право користуватися всіма видами правової допомоги, передбаченої Законом України «Про безоплатну правову допомогу», проте до КПК України воно потрапило лише в частині питання про виплату винагороди. На підставі ч. 6 ст. 130-1 КПК України викривач має право представляти свої інтереси під час розгляду питання щодо виплати йому винагороди особисто і через представника – адвоката (у тому числі анонімно, але до вирішення питання виплати йому винагороди).

Що стосується обов'язків викривача як учасника кримінального провадження, то вони взагалі не визначені, що до проблем, пов'язаних з визначенням правового статусу викривача, додає неможливість застосування до нього процесуальних санкцій

у випадку, якщо його участь або, навпаки, неучасть шкодить кримінальному провадженню.

Окремо слід звернути увагу на прогалини в КПК України щодо допиту викривача або іншого способу повідомлення про відомі йому факти і обставини. Статті 53-3 Закону України «Про запобігання корупції» надає викривачу право подавати докази на підтвердження своєї заяви; давати *пояснення, свідчення* або відмовитися їх давати. Проте кримінальний процесуальний закон не містить поняття «свідчення», а «пояснення» за приписами ч. 8 ст. 95 КПК України не є джерелом доказів. Натомість процесуальним джерелом доказів у кримінальному провадженні є показання - відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту. Актуальна редакція ч. 1 ст. 95 КПК України не згадує викривача серед суб'єктів, які надають показання щодо відомих обставин, що мають значення для цього кримінального провадження. Для інших суб'єктів в залежності від їх статусу надавати показання – це право або обов'язок. Так, підозрюваний, обвинувачений, потерпілий мають право давати показання під час досудового розслідування та судового розгляду, свідок зобов'язаний давати показання слідчому, прокурору, слідчому судді та суду, а експерт - слідчому судді та суду. Таке законодавче «провисання» між викривачем і показаннями обумовлює невизначеність у способах його участі, починаючи з самої можливості допиту викривача і закінчуючи тим, яку природу мають відомості, що ним повідомляються не під час подання заяви, а протягом досудового розслідування та судового розгляду. Заради справедливості слід відзначити, що стаття 352 КПК України торкається питання допиту викривача під час судового розгляду – для забезпечення безпеки викривача його допит в якості свідка проводиться з дотриманням Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». Але це єдиний припис, який вказує на таку можливість.

І ще одне проблемне питання, пов'язане зі статусом викривача, виникає із можливості його конфіденційної участі у кримінальному провадженні. Така можливість передбачена, зокрема, ст. 53-3 Закону, відповідно до п. 7 ч. 2 якої викривач має право на конфіденційність, а також повідомляти про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень цього Закону без зазначення відомостей про себе (анонімно). В свою чергу, заборонено розкривати інформацію про особу викривача,

його близьких осіб або інші дані, які можуть ідентифікувати особу викривача, його близьких осіб, третім особам, які не залучаються до розгляду, перевірки та/або розслідування повідомлених ним фактів, а також особам, дій або бездіяльності яких стосуються повідомлені ним факти, крім випадків, установлених законом. Разом з тим, на підставі ч. 6 ст.130-¹ КПК України з метою захисту персональних даних анонімного викривача після їх розкриття для суду можуть бути здійснені, зокрема, такі заходи безпеки, як забезпечення конфіденційності відомостей про особу та/або закритий судовий розгляд. Чи не свідчить це в поєднанні з процесуальною прогалиною в питанні допиту викривача про неможливість підозрюваного (1) знати, на підставі чієї заяви порушено кримінальне провадження та (2) допитувати викривача за ініціативою сторони захисту. В свою чергу, наявне недосконале регулювання процесуального статусу викривача у сукупності з приписами про майже безумовне право на конфіденційність і анонімність, можуть перетворити його на так званого конфідента (особи, яка залучається для конфіденційного співробітництва), участь якого в переважній більшості є проблемною як раз у зв'язку з невизначеністю правового статусу і допущенням провокативних дій. А в ситуації з викривачем не слід виключати його особисту матеріальну зацікавленість в результатах справи.

Враховуючи викладене, вбачається, що зміни і доповнення, пов'язані з введенням у кримінальний процес викривача, внесені несистемно. Положення, які регулюють його участь, є належним чином невизначеними; відсутні будь-які чинники, спроможні збалансувати необхідність легітимізації інсайдерів з правом на захист підозрюваного, обвинуваченого у конкретному кримінальному провадженні. В свою чергу, це обумовлює необхідність вдосконалення кримінального процесуального законодавства в питанні регламентації участі викривачів в розслідуванні і судовому розгляді кримінальних правопорушень.

МИХАЙЛЕНКО ДМИТРО ГРИГОРОВИЧ,
суддя Апеляційної палати
Вищого антикорупційного суду,
доктор юридичних наук, доцент

ПРАКТИКА АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ ВАКС З ПЕРЕГЛЯДУ ВИРОКІВ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

1. 5 вересня 2021 року виповнилось два роки з моменту початку процесуальної діяльності Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду (далі – АП ВАКС) та Вищого антикорупційного суду (далі – ВАКС) як суду першої інстанції.

За вказаний період у провадженні АП ВАКС перебувало 1826 апеляційних скарг на ухвали слідчих суддів, 243 клопотань/подань про визначення підсудності, 114 апеляційних скарг на ухвали суду першої інстанції, 46 апеляційних скарг на вироки, 6 справ про перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами. При цьому, в період другого процесуального року діяльності до АП ВАКС надійшло 2 апеляційні скарги на рішення суду (в порядку цивільного судочинства) та 1 апеляційна скарга на ухвалу (в порядку цивільного судочинства).

За два роки процесуальної діяльності до АП ВАКС надійшло 23 апеляційні скарги на вироки суду, з яких: 12 – залишено без змін, 1 – повернуто, 4 – скасовано та 6 – вироки змінено.

Не поодинокими є випадки звернень з апеляційними скаргами на вироки на підставі угод. За результатами розгляду таких апеляційних скарг: 3 – повернуто, 1 – відмовлено у відкритті провадження, 2 – скасовано.

2. Протягом двох років процесуальної діяльності АП ВАКС було сформовано ряд нових правових висновків чи розвинуто існуючі практики щодо апеляційного перегляду судових рішень і сформовано судову практику по деяких положеннях кримінального процесуального і кримінального законодавства:

2.1. Щодо допустимості доказів (при отриманні доказів з порушенням встановленого КПК порядку проведення процесуальних дій):

Диференційований порядок вирішення питання щодо їх недопустимості:

(1) під час будь-якого судового розгляду у разі встановлення **очевидної недопустимості** доказу (частина 4 статті 87, частина 2 статті 89 КПК) - у випадках, коли:

1) такі докази, отримані внаслідок істотного та очевидного порушення прав та свобод людини і

2) їх недопустимість обумовлена такими обставинами, які у будь-якому випадку не можуть бути усунуті в ході подальшого судового розгляду.

(2) у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення по суті (частина 1 статті 89 КПК) - якщо при отриманні доказів допущено процесуальні порушення, які:

1) тягнуть інші порушення прав людини та потребують оцінки на підставі всієї сукупності доказів;

2) зумовлюють сумніви у достовірності здобутих відомостей та суд має вирішити питання щодо можливості усунення вказаного сумніву на підставі сукупності інших зібраних допустимих доказів.

Докази, отримані з порушеннями КПК, можуть бути використані судом як допустимі лише у разі, якщо:

(1) ці порушення не є істотними, тобто не могли вплинути та не впливають на достовірність отриманих фактичних даних;

(2) порушення є суттєвими (такими, що породжують сумніви у достовірності доказів), втім такі сумніви можуть бути усунуті іншими зібраними допустимими доказами ¹.

2.2. Щодо допустимості доказів (на стадії досудового розслідування):

На стадії досудового розслідування визнання доказів слідчим суддею, судом недопустимими можливо лише у випадках, коли:

(1) такі докази, отримані внаслідок істотного та очевидного порушення прав та свобод людини і

(2) їх недопустимість обумовлена такими обставинами, які у будь-якому випадку не можуть бути усунуті в ході подальшого розслідування чи судового розгляду або шляхом надання додаткових

¹ Ухвали АП ВАКС від 19.04.2021 у справі № 487/5684/19; від 21.04.2021 у справі № 711/3111/19

матеріалів, які вже є у розпорядженні сторони кримінального провадження.

Тобто висновок про недопустимість відповідного доказу є категоричним навіть із врахуванням відповідних особливостей стадії досудового розслідування¹.

2.3. Щодо наявності «непрямої провокації»:

ЄСПЛ коли особа безпосередньо не контактувала з поліцейськими під прикриттям, але була залучена до правопорушення співучасником, який був безпосередньо підбурений до вчинення правопорушення з боку поліції, якщо дії поліції спонукали до вчинення злочину і цю наступну особу.

(!) застосування негласних методів розслідування поєднане з підбурюванням одного з обвинувачених не означає автоматичної констатації порушення статті 6 Конвенції стосовно інших обвинувачених, які ні прямо, ні опосередковано не були спровоковані до участі у правопорушенні поведінкою поліції.

Для встановлення наявності чи відсутності непрямої (опосередкованої) провокації в таких випадках суд має перевірити:

(1) чи передбачалося для поліції, що особа, безпосередньо підбурювана до вчинення правопорушення, буде контактувати з іншими особами для участі у правопорушенні;

(2) чи діяльність цієї особи також визначається поведінкою поліцейських;

(3) чи вважали причетних осіб співучасниками злочину національні суди.

(*Akbay and others v. Germany* від 15.10.2020, заява № 40495/15 та інші, § 117, 145; *Lalas v. Lithuania* від 01.03.2011, заява № 13109/04, § 45)

(1) спонукальною причиною продовжити вчинення кримінального правопорушення було переконування з боку агента держави за допомогою відповідних аргументів

(2) спровокований не передавав такі аргументи іншому обвинуваченому напряду (оскільки вони не були знайомі і не спілкувалися) чи опосередковано (оскільки під час допиту не показувалось на такі обставини, а навпаки позиціонувалися

¹ Ухвали АП ВАКС від 30.01.2020 у справі № 991/425/20; від 31.01.2020 у справі № 991/591/20

взаємовідносини щодо грошових коштів як взаємовідносини між адвокатом і клієнтом та як гонорар), тобто не чинився вплив на формування бажання другого обвинуваченого скоїти злочин, а

(3) зі змісту зустрічі вбачається, що рішучість продовжити зловживання впливом знизилася лише у першого обвинуваченого, а не у інших осіб, то

Суд дійшов висновку, що діяльність другого обвинуваченого не визначалась у цьому контексті поведінкою агентів держави¹.

2.4. Критерії розмежування розтрати майна шляхом укладення договору та його виконання (191 КК) від цивільно-правових відносин:

1) слід розмежувати кримінальне правопорушення, яке вчинюється одночасно з цивільним правопорушенням, та цивільне правопорушення, яке вчиняється поза складом будь-якого злочину;

2) одночасне виникнення із одного юридичного факту кримінально-правових та цивільно-правових (господарсько-правових відносин) є можливим та не може означати відсутність події злочину чи складу злочину в діянні особи.

Як критерії розмежування можуть використовуватися:

(1) елементи суб'єктивної сторони складу злочину:

- злочинна ціль (корислива мета, мета надання правомірного вигляду володінню відповідним чужим майном, яке набуде злочинним шляхом, відсутність ділової мети відповідного правочину тощо);

- спрямованість і момент формування умислу (зокрема, направленість умислу на викрадення майна).

(2) елементи об'єктивної сторони складу злочину:

- характеристика діяння та способу його вчинення (наприклад, вчинення дій, які спричиняють неможливість вирішення ситуації цивільно-правовими способами (неможливість повернути майно, стягнути заборгованість тощо), здійснення діяння, яке явно відхиляється від усталеної ділової практики, використання повноважень всупереч інтересам організації чи всупереч їх призначенню тощо)².

2.5. Щодо поняття «вимагання» при зловживанні впливом у ст. 369-2 КК:

¹ Ухвала АП ВАКС від 27.04.2021 у справі № 758/5744/17

² Ухвала АП ВАКС від 10.02.2021 у справі № 910/398/19

Із урахуванням положень ч.1 ст.189 КК та п.5 примітки до ст. 354 КК під вимаганням у ст. 369-2 КК слід розуміти:

1) *вимогу щодо надання неправомірної вигоди з погрозою здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, результатом якого буде вчинення або невчинення дії з використанням її становища, яка може порушити права чи законні інтереси особи, яка надає неправомірну вигоду, її близьких родичів чи юридичних осіб, власником чи представником яких вона є;*

2) *умисне створення умов за допомогою зазначеного впливу, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігти чи припинити порушення прав чи законних інтересів зазначених осіб.*

Правильно встановивши фактичні обставини тимчасового вилучення працівниками поліції в рамках КП автомобіля та його подальший арешт, суд першої інстанції не дав їм правову оцінку, а саме, *чи містили вилучення та арешт авто ознаки порушення прав та законних інтересів володільця майна.*

Оскільки вилучення та арешт автомобіля не містить ознак протиправності таких дій, пропозиція про надання коштів за вплив на посадових осіб держави щодо повернення авто володільцю не може кваліфікуватися як вимагання¹.

Судді АП ВАКС у своїй практиці не залишають поза своєю увагою й інші складні питання застосування норм і кримінального процесуального законодавства, і закону про кримінальну відповідальність як на досудовому розслідуванні, так і під час розгляду корупційних кримінальних правопорушень по суті, які застосовуються суддями не одностайно та знаходяться в процесі знаходження оптимального і стабільно підходу до їх вирішення.

¹ Ухвали АП ВАКС від 27.11.2019 у справі № 991/1463/19; від 14.01.2021 у справі № 991/492/19

ПОДОРОЖНА ТЕТЯНА СТАНІСЛАВІВНА,
професор кафедри теорії держави і права Львівського
торговельно-економічного університету,
доктор юридичних наук, доцент

ХУДИК АНДРІЙ МИРОСЛАВОВИЧ,
помічник судді Апеляційної палати
Вищого антикорупційного суду,
кандидат юридичних наук

ВИЩИЙ АНТИКОРУПЦІЙНИЙ СУД ЯК ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМА КОНСТИТУЦІЙНО- ПРАВОВОГО СТАТУСУ

Безпрецедентний розвиток світових економічних відносин та технологій призвів до нового покоління економічних злочинів, що вимагало спеціалізованих судів, які мають справу з такими складними питаннями (п. 17)¹.

Створення в Україні Вищого антикорупційного суду (далі – ВАКС) уможлиблює філософсько-правовий аналіз вирішення актуального практичного завдання – формування системи спеціалізованих судів в Україні.

Необхідність створення спеціалізованих судів для розгляду корупційних правопорушень зумовлена важливістю не відставати від дедалі більшої складності таких правопорушень. Інституціоналізація спеціалізованих судів має задовольнити потреби та вимоги права на справедливий судовий розгляд згідно зі ст. 6 Конвенції, забезпечуючи ефективність відповідного провадження.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своєму рішенні у справі «*Fruni v. Slovakia*» від 21 вересня 2011 р. зазначив, що п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенції) щодо права на справедливий розгляд справи незалежним і неупередженим судом, встановленим законом, не може розглядатися як заборона створення спеціальних / спеціалізованих

¹ *Case of Bahaettin Uzan v. Turkey* (Application no. 30836/07), ECHR 24.11.2020. URL: <https://hudoc.echr.coe.int> (viewed on 21.04.2021).

кримінальних судів, якщо вони мають правову основу¹. У справі «Bahaettin Uzan v. Turkey» ЄСПЛ зауважив, що боротьба з корупцією та організованою злочинністю цілком може вимагати заходів, процедур та установ спеціалізованого характеру. Відповідно ЄСПЛ постановив, що ч. 1 ст. 6 Конвенції не можна розглядати як заборону створення спеціальних кримінальних судів, якщо вони створені на підставі закону (п. 50). У справі «Bahaettin Uzan v. Turkey» ЄСПЛ навів кілька істотних ознак, які дають можливість відмежувати «спеціалізовані суди» від «надзвичайних судів», зокрема: - спеціалізовані суди розглядають всі справи певної категорії за процесуальними правилами та процедурами, які застосовуються в інших неспеціалізованих / загальних судах (п. 53, 61); судді спеціалізованих судів мають такий же правовий статус, що й судді, які працюють в інших неспеціалізованих / загальних судах та мають однакові конституційні гарантії і процесуальні права, зокрема щодо їх призначення, підвищення та звільнення (п. 63); спеціалізовані суди підлягали наглядовій юрисдикції касаційного суду, як і в інших кримінальних справах, а сама процедура перегляду рішень спеціалізованого суду регулюється стандартними процесуальними правилами та процедурами без особливих «положень та обмежень»².

Консультативна рада європейських суддів у висновку № 15 (2012) відзначила, що спеціалізовані суди і судді є усталеним явищем у країнах-учасниках ЄС. Така спеціалізація існує й має багато різновидів, оскільки спеціалізовані палати виникають у вже наявних судах або створюються окремі спеціалізовані суди. Така тенденція поширилась по всій Європі (п. 4).

Спеціалізація може вводитись різними способами. Залежно від того, які правові рамки дозволяє держава, можуть бути як спеціалізовані суди, які відокремлені та відрізняються від загальної організації судової системи, так і спеціалізовані суди або палати, які є частиною загальної судової системи. Юрисдикція спеціалізованих судів або палат зазвичай відрізняється від юрисдикції загальних судів; вони часто набагато менші від них, а іноді існують тільки в столиці країни (п. 41).

¹ Case of *Klinovska v. Slovakia* (Application no. 61436/09), ECHR 08.10.2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-126800&filename=001-126800.pdf>. (viewed on 21.09.2021).

² Case of *Bahaettin Uzan v. Turkey* (Application no. 30836/07), ECHR 24.11.2020. URL: <https://hudoc.echr.coe.int> (viewed on 21.09.2021).

Загалом, у спеціалізованих судах мають застосовуватись загальні процесуальні норми. Впровадження особливої процедури для кожного спеціалізованого суду може призвести до поширення цих процедур, створення ризиків доступу до правосуддя та цілісності закону «без сторонніх». Особливі процесуальні норми допустимі, тільки якщо вони задовольняють одну з потреб, яка привела до створення спеціалізованого суду.

Отже: 1) спеціалізовані судді та суди мають існувати тільки за необхідності через складність чи особливість закону чи фактів і задля належного адміністрування судочинства; 2) спеціалізовані судді та суди завжди мають бути частиною єдиного судового органу; 3) спеціалізовані судді, як «загальні судді», мають відповідати вимогам незалежності та неупередженості відповідно до ст. 6 Конвенції¹.

Щодо конституційно-правової допустимості створення вищих спеціалізованих судів в Україні, то варто відзначити, що основоположні принципи функціонування системи судоустрою закріплені в Конституції України. Відповідно до ст. 125 Основного закону, судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. Створення надзвичайних та особливих судів не допускається.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» визначає, що в системі судоустрою діють такі вищі спеціалізовані суди: Вищий суд з питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд, як суди першої та апеляційної інстанцій з розгляду окремих категорій справ, що належать до їхньої юрисдикції за процесуальним законом (абз. 2 ч. 3 ст. 17, ч. 1-3 ст. 31).

Згідно з ч. 1 ст. 1, ст. 3 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», Вищий антикорупційний суд є постійно діючим вищим спеціалізованим судом у системі судоустрою України, завданням якого є здійснення правосуддя відповідно до визначених законом засад та процедур судочинства.

Таким чином, Конституція України не встановлює внутрішньої структури судів у системі судоустрою України та не містить жодних заборон або обмежень щодо моделі місцевих, апеляційних або

¹ Висновок № 15 (2012) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про спеціалізацію суддів. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(2012\).pdf](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(2012).pdf) (дата звернення: 21.09.2021).

вищих спеціалізованих судів, фактично залишаючи можливість для конкретизації цього питання в положеннях профільного (галузевого) законодавства про судоустрій і статус суддів.

Закон України «Про Вищий антикорупційний суд» не є процесуальним законом, тож не може визначати предметну юрисдикцію / підсудність ВАКС, тоді як це питання чітко врегульоване Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України).

Згідно ст. 33¹ КПК України, ВАКС підсудні кримінальні провадження стосовно корупційних кримінальних правопорушень, передбачених у примітці ст. 45, у ст. 206², 209, 211, 366² та 366³ Кримінального кодексу України, якщо наявна хоча б одна з умов, передбачених п. 1-3 ч. 5 ст. 216 КПК України.

Розглядаючи справи про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави, ВАКС застосовує також і норми Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), який визначає юрисдикцію та повноваження загальних судів щодо цивільних спорів та інших визначених ним же справ і встановлює порядок здійснення цивільного судочинства (ст. 1, ч. 4 ст. 23, ч. 3 ст. 24, ст. 290–292 ЦПК України).

Вважаємо, що під час дослідження конституційно-правового статусу та предметної підсудності ВАКС слід відштовхуватись від аналізу положень Конституції України в системному зв'язку з нормами судоустрійного та процесуального законодавства. Згідно із цим законодавством, предметна підсудність Вищого антикорупційного суду визначена законодавцем щодо певної категорії кримінальних проваджень стосовно таких корупційних правопорушень, які вчинені вищими посадовими особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, завдали тяжку шкоду при реалізації ними публічних функцій. За таких умов предметна підсудність ВАКС очевидно не встановлюється щодо окремих категорій осіб, охарактеризована загальним й абстрактно визначеним переліком кримінальних правопорушень.

Отже, ВАКС є національним судом, що здійснює правосуддя в загальному порядку, встановленому КПК України та ЦПК України (у справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави в порядку цивільного судочинства), надає оцінку доказам за тими самими правилами, що встановлені процесуальним законодавством для всіх судів відповідної спеціалізації, його рішення

підлягають апеляційному оскарженню та касаційному оскарженню до Верховного Суду в загальному порядку, передбаченому зазначеними Кодексами. Виділення з переліку кримінальних правопорушень тих, що є виключним предметом розгляду ВАКС, – наслідок не штучного вибору, а результат природного процесу становлення України як демократичної держави.

У Спільному висновку AMICUS CURIAE відзначається, що наявна спроба поставити під сумнів конституційність ВАКС закономірна та передбачувана. Поступова втрата значних важелів впливу на здійснення державної влади через унеможливлення зловживання нею провокує зацікавлені політичні і фінансові сили шукати шляхи зупинення процесу демократизації України, який, попри всі труднощі, продовжується. Від моменту заснування про неминучі перешкоди для діяльності ВАКС промовисто свідчив і досвід зарубіжних країн, де аналогічні інституції були запроваджені раніше.

Формальний підхід до трактування конституційних норм і принципів, неготовність суспільств нових демократій узгоджено взаємодіяти для захисту національних інтересів, відсутність розуміння всіх аспектів суспільної небезпеки корупції та інші чинники спричинили серйозні ризики для існування антикорупційних судів навіть в європейських країнах¹.

Відповідно до ч. 6 ст. 125 Конституції України, в Україні не допускається створення надзвичайних та особливих судів. Попри те, що в Основному законі не конкретизовано змісту понять «надзвичайний суд» і «особливий суд», аналіз змісту наведеного положення в його системному зв'язку з іншими приписами цієї ж статті дає підстави для висновку, що такими не можуть вважатися суди, які належать до єдиної системи судоустрою України, утворені у встановленому Конституцією України порядку, мають визначену законом юрисдикцію, а їхні рішення можуть бути оскаржені в касаційному порядку до Верховного Суду².

У Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання

¹ Жілінчик П. Створення антикорупційного суду в Україні. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ_Anticorruption_Court_Report_Zilincik_Apr_2017_UKR.pdf (дата звернення: 17.09.2021).

² Лемак О. Права на встановлений законом суд і верховенство права. URL: <http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc9/15.pdf> (дата звернення: 17.09.2021).

висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11 липня 2001 р. № 3-в/2001 міститься така юридична позиція: «Надзвичайними і особливими судами, за змістом статті 125 Конституції України, є суди, створені для підміни звичайних судів, які належним чином не дотримують встановлених законом процедур» (абз. 7 підп. 2.1. п. 2 мотивувальної частини Висновку).

Отже, ні Конституція України, ні практика Конституційного Суду України не містять розмежування між надзвичайними та особливими судами.

Що ж до науки конституційного права, то в ній під «особливими судами» розуміють відокремлені судові установи зі своєю системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (як правило, тільки кримінальних).

Надзвичайними судами вважаються суди, які утворюються одноразово, для розгляду конкретної (як правило, кримінальної) справи на підставі спеціального акта відповідного органу державної влади.

Таке значення наведених понять означає, що навіть закріплення у законі можливості існування таких судів і визначення певного порядку їх утворення не позбавляє їх статусу особливих чи надзвичайних, оскільки вони за своєю природою суперечать закладеним у Конституції вимогам»¹.

В енциклопедичній літературі відзначається, що «надзвичайні суди не є судами у вищезгаданому сенсі, створюються в разі екстраординарних ситуацій – війни, революції, державного перевороту, надзвичайного стану тощо. Діяльність надзвичайних судів має каральний характер і не регламентована процесуальним правом, справи розглядаються в закритих засіданнях, рішення не підлягають оскарженню. Створення надзвичайних судів прямо заборонене більшістю сучасних конституцій»².

Згідно з юридичною енциклопедією, спеціальні суди – це судові інституції з надзвичайними або особливими повноваженнями:

¹ Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. С. 873.

² Вільна енциклопедія «Вікіпедія». URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Суд> (дата звернення: 17.09.2021).

військові та інші трибунали, особливі трудові [суди], сесії народного суду, надзвичайні сесії судових установ, особливі сесії у справах про неспроможність кооперативних організацій при окружних судах, дисциплінарні суди, залізничні лінійні суди і водні транспортні суди, спеціальні табірні суди тощо¹.

Інколи в теорії конституційного права до особливих судів зараховують судові органи, що утворені поза межами системи судоустрою, порядок формування яких суттєво різняться від правил, на підставі яких створюються звичайні суди.

Суб'єктами кримінального переслідування в особливому суді є визначена за конкретним статусом і досить невелика за кількістю група осіб, а інколи навіть й одна особа. Юрисдикція такого суду (коло кримінально караних діянь, за вчинення яких особа переслідується в цьому суді) є також досить вузькою та специфічною. Рішення особливого суду, зазвичай, не можуть бути переглянуті найвищим судом загальної юрисдикції або будь-яким іншим судом.

При цьому особливим може бути як національний, так і міжнародний суд. До особливих судів можна зарахувати окремі міжнародні судові інституції, такі як Нюрнберзький трибунал (1945–1946 рр.), Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (1993–2017 рр.), Міжнародний трибунал щодо Руанди (1994–2015 рр.) тощо².

У Спільному висновку AMICUS CURIAE відзначається, що для зарахування суду до категорії надзвичайних чи особливих наявність має бути одна або кілька з наведених характеристик: - суд утворено поза єдиною системою судоустрою, для підміни звичайних судів; - суд утворено в інший спосіб, ніж це передбачено конституцією та законом; - суд не дотримується встановлених законом процедур, а розглядає справи за особливими (винятковими) процедурами; - рішення суду не підлягають оскарженню³.

Підсумовуючи вищенаведені положення, вважаємо, що **«особливим судом»** можна вважати суд, який одночасно відповідає

¹ Спеціальні суди. *Юридична енциклопедія*: [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. Київ: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5: П-С. 736 с. URL: https://leksika.com.ua/16751108/legal/spetsialni_sudi (дата звернення: 17.09.2021).

² Спільний висновок AMICUS CURIAE. URL: https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2020/10/AmicusCuriae-VAKS-final-style_01_102.pdf (дата звернення: 21.04.2021).

³ Спільний висновок AMICUS CURIAE. URL: https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2020/10/AmicusCuriae-VAKS-final-style_01_102.pdf (дата звернення: 21.04.2021).

таким ознакам: - наділений спеціальними повноваженнями; - є відокремленою судовою установою; - має власну систему інстанцій (його рішення не підлягають оскарженню); - утворений для розгляду конкретної справи, групи справ або щодо конкретних осіб.

«**Надзвичайним судом**» є суд, який одночасно відповідає таким ознакам: - утворюється за наявності екстраординарних ситуацій – війни, революції, державного перевороту, надзвичайного стану; - для розгляду конкретної (як правило, кримінальної) справи; - утворюється на підставі спеціального закону і його діяльність не регламентована процесуальним правом; - його діяльність має каральний характер; - справи розглядаються в закритих засіданнях; - рішення не підлягають оскарженню.

Зважаючи на виділені ознаки «надзвичайних» та «особливих» судів, відзначимо таке:

I. ВАКС не є особливим судом, оскільки: 1) ВАКС не наділений спеціальними повноваженнями. Згідно із ст. 3 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», ВАКС має єдину конституційну функцію (ст. 3 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд»); 2) ВАКС не є відокремленою судовою установою. Згідно з ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», ВАКС є постійно діючим вищим спеціалізованим судом та входить до системи судоустрою України; 3) ВАКС має над собою вищу інстанцію, а саме – Касаційний кримінальний суд Верховного Суду, який здійснює перегляд судових рішень ВАКС в касаційному порядку (ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ст. 4 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», ч. 5 ст. 31 КПК України); 4) ВАКС створений не для «розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ», а наділений власною предметною компетенцією (ч. 1 ст. 33¹ Закону України «Про Вищий антикорупційний суд»), що відповідає конституційному принципу спеціалізації судоустрою України (ст. 125 Конституції України).

II. ВАКС не є надзвичайним судом, оскільки: 1) ВАКС, згідно з ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», є постійно діючим вищим спеціалізованим судом. А тому немає підстав вважати, що він відповідає такій ознаці надзвичайних судів, як утворений за наявності екстраординарних ситуацій; 2) ВАКС не створений лише для розгляду конкретної кримінальної справи, а має власну предметну компетенцію, чітко визначену в ч. 1

ст. 33¹ Закону України «Про Вищий антикорупційний суд»; 3) ВАКС утворений на підставі спеціального закону – Закону України «Про Вищий антикорупційний суд». Водночас його правовий статус та компетенція прописані також у законі, який визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні (тобто в Законі «Про судоустрій і статус суддів»), та КПК України. А тому діяльність ВАКС не відповідає ознаці надзвичайного суду – не регламентована процесуальним правом; 4) згідно із ст. 3 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», завданням ВАКС є здійснення правосуддя відповідно до визначених законом засад та процедур судочинства; 5) ВАКС не відповідає такому критерію надзвичайних судів, як розгляд справ у закритих судових засіданнях. Адже, згідно з ч. 2 ст. 27 КПК України, кримінальне провадження у ВАКС здійснюється відкрито; 6) ВАКС не відповідає такій ознаці надзвичайних судів, як неоскаржуваність його рішень.

Венеціанська комісія у своєму висновку від 9 жовтня 2017 р. CDL-AD(2017)020 щодо законопроекту про антикорупційний суд зазначила, що такий суд створюється не для розгляду однієї або обмеженої кількості конкретних справ, які можуть бути передбачені термінами «надзвичайні або спеціальні суди» у ст. 125 Конституції України. Так само суд не має юрисдикції щодо всіх юридичних питань або всіх злочинів, вчинених певною групою посадових осіб, а також суд не наділений якимись особливими повноваженнями, він не дотримується жодних конкретних процедур, відмінних від тих, що застосовуються в наявних кримінальних судах, які, якби існували, були б ознакою спеціального суду, правила доказів також не змінені щодо Вищого антикорупційного суду¹.

Отже, Конституція України не встановлює внутрішньої структури судів у системі судоустрою України та не містить жодних заборон чи обмежень щодо моделі місцевих, апеляційних або вищих спеціалізованих судів, фактично залишаючи можливість для конкретизації цього питання в положеннях профільного (галузевого) законодавства про судоустрій і статус суддів. Конституція України передбачає можливість існування вищих спеціалізованих судів відповідно до закону (ч. 4 ст. 125).

¹ Висновок Венеціанської комісії від 9 жовтня 2017 року № 896/2017 (CDL-AD(2017)020). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)020-e) (дата звернення: 21.04.2021).

Правовий статус ВАКС та його місце в судовій системі цілком узгоджується з принципами судоустрою, які визначені Конституцією України. ВАКС є органічним і невід’ємним елементом сучасної системи судоустрою в Україні, яка побудована за принципами територіальності та спеціалізації і визначена Законом України «Про судоустрій і статус суддів». ВАКС є вищим спеціалізованим судом, утвореним Законом України «Про Вищий антикорупційний суд», проект якого вніс до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя.

Юрисдикція ВАКС поширюється на всю територію України. Рішення ВАКС можуть бути переглянуті Верховним Судом в порядку касаційного провадження як найвищим судом у системі судоустрою України.

СТЕБЛИНСЬКА ОКСАНА СТЕПАНІВНА,

помічник судді
Вищого антикорупційного суду,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРАКТИКА ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ ПРО ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ У ВИПАДКУ ЗАТВЕРДЖЕННІ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНИ

1. Стаття 475 КПК України регламентує ухвалення вироку на підставі угоди і призначає узгоджену сторонами міру покарання, якщо суд переконується, що угода може бути затверджена. Варто відзначити, що ухвалення такого вироку є цілком допустимим і законним навіть у випадку засудження особи за вчинення корупційного кримінального правопорушення.
2. Одним із досягнень чинного Кримінального кодексу України є запровадження підвищеної кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення та обмежень, які застосовуються до осіб, засуджених за такі кримінальні правопорушення. Адже, каральні кримінально-правові засоби відіграють значну превентивну роль у системі боротьби з кримінально-караними корупційними діяннями, проте, попри це, в окремих випадках, не менш важливими та ефективними засобами захисту прав і свобод суб'єктів правовідносин є заохочувальні кримінально-правові засоби боротьби з корупційними кримінальними правопорушеннями як превентивний інструментарій регулювання суспільних відносин, що виникають у зв'язку з вчиненням корупційних злочинів.
3. На розгляд колегій суддів Вищого антикорупційного суду з початку його процесуальної діяльності було подано більше двох десятків угод про визнання винуватості, укладених між прокурором Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та обвинуваченим. За результатами аналізу розгляду таких угод прослідковується відсутність єдності судової практики у даному питанні, а також можна виокремити різні підходи суддів у правозастосуванні ч. 2 ст. 75 КК при затвердженні угоди про визнання винуватості, а саме:

Підхід 1. Судом затверджується угода про визнання винуватості, відповідно до якої обвинувачений визнається винним

в інкримінованому йому кримінальному правопорушенні, а також на підставі ч. 2 ст. 75 КК України суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням і покладає на обвинуваченого обов'язки, передбачені ст. 76 КК України.

Обґрунтування 1. 23.09.2020 колегією суддів ВАКС у справі № 991/7534/20 було ухвалено вирок, яким затверджено угоду про визнання винуватості, укладену між прокурором САП та обвинуваченим у вчиненні злочину, передбаченим ч. 3 ст. 369 КК України, яким призначено ОСОБА_1 узгоджене сторонами угоди про визнання винуватості основне покарання у виді позбавлення волі строком на 5 (п'ять) років без конфіскації майна. Також ухвалено рішення звільнити ОСОБА_1 на підставі частини 2 статті 75 КК від відбування узгодженого сторонами основного покарання у виді 5 (п'яти) років позбавлення волі з випробуванням, встановивши йому іспитовий строк у 3 (три) роки.

У вирокі зазначено, що «в постанові Верховного Суду від 05.08.2020 в справі № 734/631/19 міститься висновок щодо законодавчої заборони звільнення від відбування покарання у разі засудження особи за корупційне кримінальне правопорушення в загальному порядку на підставі частини 1 статті 75 КК.

Однак, в постановах Верховного Суду від 27.02.2018 в справі №203/378/17 та 29.11.2018 в справі №761/6774/16-к міститься посилання на постанову Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12.2015 року №13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод», в пункті 12 якої зокрема зазначено, що «чинні КК і КПК регулюють два різновиди звільнення від відбування покарання з випробуванням: 1) загальний - коли вимагається встановлення можливості виправлення засудженого без відбування покарання; 2) спеціальний - у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості, для укладення якої з'ясування питань, визначених у ч. 1 ст. 75 КК, не є обов'язковим. У зв'язку з чим, якщо ж сторони узгодили покарання та досягли домовленості щодо звільнення підозрюваного/обвинуваченого від його відбування з випробуванням, відповідно до частин 2, 3 ст. 75 КК суд зобов'язаний прийняти рішення про таке звільнення у випадку затвердження угоди про примирення або визнання винуватості за наявності сукупності таких умов: 1) сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців,

обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років; 2) узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням; 3) угода відповідає чинному законодавству та підстави для відмови в її затвердженні визначені КПК (пункти 1-6 ч. 7 ст. 474 КПК) відсутні».

Отже, на підставі частини 2 статті 75 КК (яка є спеціальним випадком щодо загального, передбаченого частиною 1 статті 75 КК) суд вважає можливим у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, звільнення особи від відбування покарання із встановленням іспитового строку, в тому числі у разі її засудження за корупційне кримінальне правопорушення»¹.

Обґрунтування 2. 16.07.2021 вироком ВАКС у справі № 991/9969/20 ухвалено (1) затвердити угоду про визнання винуватості в кримінальному провадженні, укладену між прокурором САП та обвинуваченим ОСОБА_1 (2) визнати ОСОБА_1 винуватим у вчиненні злочину, передбаченого частиною 2 статті 364 КК України, та призначити йому узгоджене сторонами угоди про визнання винуватості покарання у виді позбавлення волі на строк 3 (три) роки, з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із здійсненням функцій представника влади в органах державної влади строком на 1 (один) рік та штрафом в розмірі 17000 (сімнадцять тисяч) грн.; (3) на підставі частини 2 статті 75 КК звільнити ОСОБА_1 від відбування основного покарання у виді 3 (трьох) років позбавлення волі з випробуванням, встановивши йому іспитовий строк у 3(три) роки, якщо він протягом визначеного іспитового строку не вчинить нового кримінального правопорушення і виконає покладені на нього обов'язки.

Разом з тим, судом встановлено, що згідно з матеріалами кримінального провадження під час досудового розслідування та на початку судового розгляду ОСОБА_1 не визнавав вину у вчиненні інкримінованого йому злочину, тобто не висловлював щирого каяття, під яким розуміється, що особа щиро шкодує з приводу факту вчинення кримінальних правопорушень, осуджує свою поведінку, бажає виправити ситуацію, яка склалася, демонструє готовність понести покарання.

Суд вважає, що відсутність щирого каяття обвинуваченого, як пом'якшувальної обставини, не повинно впливати на можливість затвердження угоди про визнання винуватості, оскільки підозрюваний чи обвинувачений не обмежений в часі щодо можливості укладення

¹ Вирок ВАКС від 23.09.2020 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91734953#>

такої угоди протягом усього часу кримінального провадження аж до моменту виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку, а беззастережне визнання вини в цілях укладення угоди не є тотожним щирому каяттю, проте таке повинно впливати на визначення тривалості іспитового строку в разі звільнення від відбування покарання з випробуванням, що у даному випадку має бути більш тривалим¹.

Обґрунтування 3. 28.05.2020 вироком ВАКС у справі № 991/3382/20 ухвалено: (1) затвердити угоду про визнання винуватості, укладену між прокурором САП та обвинуваченим ОСОБА_1; (2) визнати винним ОСОБА_1 у вчиненні злочинів, передбачених ч. 4 ст. 369 КК України, і призначити йому покарання у виді 5 (п'яти) років позбавлення волі; (3) згідно ст. 75 КК України ОСОБА_1 звільнити від відбування покарання у виді позбавлення волі з випробуванням з іспитовим строком на 3 (три) роки.

Суд вважає, що відповідає вимогам закону про кримінальну відповідальність звільнення ОСОБА_1 від відбування покарання з випробуванням на підставі частини 2 ст. 75 КК України. Адже на відміну від частини першої даної статті законодавець не обмежив право суду прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про визнання винуватості у вчиненні корупційного злочину, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням².

Підхід 2. Кримінальний кодекс України забороняє застосування ч.2. ст. 75 КК України до осіб, визнаних винними у вчиненні корупційного кримінального правопорушення на підставі угоди про визнання винуватості.

Обґрунтування 1. В окремій думці судді Ткаченка О.В. до вироку від 23 вересня 2020 у справі № 991/7534/20 вказано, що «ч. 2 ст. 75 КК України не є спеціальною нормою, а є похідною від ч. 1 ст. 75 КК України, у зв'язку з чим не може бути застосована судом окремо від норми ч. 1 ст. 75 КК України. Така моя думка ґрунтується на тому, що суд може прийняти рішення про звільнення особи від відбування

¹ Вирок ВАКС від 16.07.2021 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98381127#>

² Вирок ВАКС від 28.05.2020 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89498553#>

покарання з випробуванням виключно за умови, якщо він дійде висновку про можливість її виправлення без відбування покарання. Ця умова міститься саме у ч. 1 ст. 75 КК України та відсутня у ч. 2 ст. 75 КК України, у зв'язку з чим остання окремо застосована бути не може, а оскільки ч. 1 ст. 75 КК України забороняє звільнення особи від відбування покарання за корупційний злочин, то ця заборона поширюється також і на випадки затвердження угод. Звільнення ж особи від відбування покарання з випробуванням за відсутності зазначеної умови буде спотворювати мету покарання та не буде відповідати завданням кримінального провадження, які визначені ст. 2 КПК України.

Крім того, вважаю, що можливість звільнення судом особи від відбування покарання за вчинення корупційного кримінального правопорушення у випадку затвердження угоди, що є особливим порядком кримінального провадження за нормами КПК України, поряд з існуванням заборони суду здійснювати звільнення осіб від відбування покарання за вчинення корупційних кримінальних правопорушень без такого порядку (у загальному порядку кримінального провадження) є порушенням такої загальної засади кримінального провадження як рівність перед законом і судом (п. 3 ч. 1 ст. 7 і ст. 10 КПК України), оскільки різні особи за абсолютно тотожних підстав та обставин можуть бути: у випадку затвердження угоди – звільнені від відбування покарання з випробуванням, а у випадку здійснення кримінального провадження за загальним порядком – ні. Тобто, відбувається дискримінація особи за ознакою певного порядку кримінального провадження, що є проявом вибірковості правосуддя та є у свою чергу порушенням права на справедливий суд у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Слід також зазначити, що призначення покарання особі за вчинення кримінального правопорушення (у тому числі і корупційного), а також і вирішення судом питання щодо звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, яка вчинила корупційне правопорушення, має здійснюватися судом на підставі відповідних норм КК України, які не передбачають у якості підстави та/або виключення для вирішення цього питання здійснення будь-якого особливого порядку кримінального провадження, у тому числі і кримінального провадження на підставі угод, яке визначене нормами КПК України¹.

¹ Окрема думка судді Ткаченка О.В. до вироку від 23 вересня 2020 у справі № 991/7534/20 // Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91764712#>

За таких обставин, вважаю, що суд не мав прав та повноважень звільняти обвинуваченого ОСОБА_1 від відбування призначеного йому за вироком покарання у виді позбавлення волі з випробовуванням і неправильно застосував закон України про кримінальну відповідальність, а саме ч. 2 ст. 75 КК України, яка не підлягає застосуванню».

Таким чином, аналіз окремих рішень суддів ВАКС засвідчив різне тлумачення ч. 2 ст. 75 КК України і можливість її застосування у випадку затвердження угоди про визнання винуватості між прокурором та обвинуваченим.

Як слушно зазначає Книженко О.О. і думку якої підтримую, аналіз тексту ст. 75 КК України засвідчує, що норму сформульовано таким чином, що особа не в змозі, навіть за допомогою фахівців, передбачити заходи можливого кримінально-правового реагування щодо неї в разі укладення угоди. Це свідчить про низьку якість законодавства. Тому у такому разі держава не повинна за рахунок потурання прав людини притягувати особу до кримінальної відповідальності. Якісний закон – це обов’язок держави¹.

Тому слід погодитись з Михайленком Д.Г., що редакція ч.2 ст.75 КК України, за якої не передбачається обмеження її застосування при засудженні за корупційне кримінальне правопорушення, скоріше за все прямо передбачалася законодавцем та не є прогалиною КК, що утворена прорахунками законодавця логіко-формального і внутрішньо-системного характеру. Разом із тим, при застосуванні положень ч.2 ст.75 КК України щодо осіб, які засудженні за корупційне кримінальне правопорушення, враховуючи, що це єдина передбачена законодавством підстава (окрім закінчення строків давності) не відбувати покарання, передбачене у санкції статті про корупційний злочин, слід звернути особливу увагу на можливі зловживання ресурсами цього положення з метою протиправного ухилення від реальних несприятливих правових наслідків вчиненого корупційного злочину².

¹ Книженко О.О. Новий погляд на звільнення від відбування покарання з випробуванням за корупційні кримінальні правопорушення / О.О. Книженко // Вісник пенітенціарної асоціації України. 2021. № 2(16). С. 21-22.

² Михайленко Д. Г. Звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин у випадку затвердження угоди про визнання вини / Д. Г. Михайленко // Вісник прокуратури. 2016. №1. С. 26-37.

ЧОРНЕНЬКА ДАНИЇЛА СТЕПАНІВНА,
Голова Апеляційної палати
Вищого антикорупційного суду

МІЖНАРОДНИЙ РОЗШУК ТА ВИКЛИК УЧАСНИКІВ ПРОВАДЖЕННЯ 3-ЗА КОРДОНУ

Порядок розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу

Відповідно до ч.6 ст.193 КПК України слідчий суддя, суд розглядає клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та може обрати такий запобіжний захід за відсутності підозрюваного, обвинуваченого лише у разі доведення прокурором наявності підстав, передбачених ст.177 КПК України, а також наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, та/або оголошений у міжнародний розшук. У такому разі після затримання особи і не пізніше як через сорок вісім годин з часу її доставки до місця кримінального провадження слідчий суддя, суд за участю підозрюваного, обвинуваченого розглядає питання про застосування обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його зміну на більш м'який запобіжний захід, про що постановляє ухвалу.

Виклик осіб у кримінальному провадженні здійснюється відповідно до ст.135 КПК України відповідно до якої:

1. Особа викликається до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефону або телеграмою.
2. У разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому члену сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи.
3. Особа, що перебуває під вартою, викликається через адміністрацію місця ув'язнення.

4. Повістка про виклик неповнолітньої особи, як правило, вручається її батьку, матері, усиновлювачу або законному представнику. Інший порядок вручення повістки допускається лише у випадку, якщо це обумовлюється обставинами кримінального провадження.
5. Повістка про виклик обмежено дієздатної особи вручається її піклувальнику.
6. Повістка про виклик вручається особі працівником органу зв'язку, працівником правоохоронного органу, слідчим, прокурором, а також секретарем судового засідання, якщо таке вручення здійснюється в приміщенні суду.
7. Повістка про виклик особи, яка проживає за кордоном, вручається згідно з міжнародним договором про правову допомогу, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, а за відсутності такого - за допомогою дипломатичного (консульського) представництва.
8. Повістка про виклик особи, стосовно якої існують достатні підстави вважати, що така особа виїхала та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, у випадку обґрунтованої неможливості вручення їй такої повістки згідно з частинами першою, другою, четвертою - сьомою цієї статті, публікується в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора.

Особа, зазначена в абзаці першому цієї частини, вважається такою, яка належним чином повідомлена про виклик, з моменту опублікування повістки про її виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора.

У випадку наявності в особи, зазначеної в абзаці першому цієї частини, захисника (захисників) копія повістки про її виклик надсилається захиснику (захисникам).

9. Особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом не пізніше ніж за три дні до дня, коли вона зобов'язана прибути за викликом. У випадку встановлення цим Кодексом строків здійснення процесуальних дій, які не дозволяють здійснити виклик у зазначений строк, особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом

якнайшвидше, але в будь-якому разі з наданням їй необхідного часу для підготовки та прибуття за викликом.

Згідно Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»

Стаття 3. Визначення термінів

.....

місце перебування - адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік;

місце проживання – житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, в якому особа проживає, а також спеціалізовані соціальні установи, заклади соціального обслуговування та соціального захисту, військові частини.....

.....довідка про реєстрацію місця проживання - документ, який видається органом реєстрації особі за її вимогою та підтверджує реєстрацію місця проживання або місця перебування особи;

документи, до яких вносяться відомості про місце проживання, - паспорт громадянина України, тимчасове посвідчення громадянина України, посвідка на постійне проживання, посвідка на тимчасове проживання, посвідчення біженця, посвідчення особи, яка потребує додаткового захисту, посвідчення особи, якій надано тимчасовий захист;

документ, до якого вносяться відомості про місце перебування, - довідка про звернення за захистом в Україні;

реєстрація - внесення інформації до реєстру територіальної громади, документів, до яких вносяться відомості про місце проживання/перебування особи, із зазначенням адреси житла/місця перебування із подальшим внесенням відповідної інформації до Єдиного державного демографічного реєстру в установленому Кабінетом Міністрів України порядку;

Стаття 6. Реєстрація місця проживання особи

Громадянин України, а також іноземець чи особа без громадянства, які постійно або тимчасово проживають в Україні, зобов'язані протягом тридцяти календарних днів після зняття з реєстрації місця проживання та прибуття до нового місця проживання зареєструвати своє місце проживання. Батьки або інші законні представники зобов'язані зареєструвати місце проживання новонародженої дитини протягом трьох місяців з дня

державної реєстрації її народження. Реєстрація місця проживання особи здійснюється в день подання особою документів. Реєстрація місця проживання за заявою особи може бути здійснена органом реєстрації з одночасним зняттям з попереднього місця проживання.

Виходячи з системного аналізу зазначених норм – місце проживання громадян України на території України – це місце їх реєстрації.

Щодо місця проживання громадян України на території іноземних держав, то воно регулюється Порядком ведення обліку громадян України, які проживають за межами України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України №85 від 29 січня 2020 року.

Цей Порядок регулює питання ведення закордонними дипломатичними установами України обліку громадян України, які постійно проживають або тимчасово перебувають за межами України (далі – консульський облік).

Про перебування на консульському обліку та зняття з консульського обліку закордонними дипломатичними установами України видаються довідки за формою згідно з додатками 1 та 2.

Види консульського обліку: постійний, тимчасовий, облік усиновлених дітей.

Консульський облік ведеться уповноваженими посадовими особами відповідно до розподілу консульських округів закордонних дипломатичних установ України.

Одночасне перебування особи на консульському обліку у більш ніж одній закордонній дипломатичній установі України не допускається.

Строк перебування на постійному консульському обліку необмежений.

Особа, яка перебуває на постійному консульському обліку, зобов'язана кожні десять років звертатися до закордонної дипломатичної установи України для актуалізації даних про себе. Актуалізація даних, що містяться в обліковій картці, відбувається шляхом подання заяви довільної форми.

Громадяни України приймаються на тимчасовий консульський облік строком на один рік.

Зазначений строк може бути збільшений відповідно до строку дії дозволу іноземної держави на проживання, виданого особі, яка приймається на консульський облік, але не може перевищувати п'яти років.

Тобто на підтвердження проживання громадянина України на території іноземної держави надається довідка відповідного зразка.

З системного аналізу КПК України, спільного Наказу МВС України, Офісу Генерального прокурора, НАБ України, СБ України, ДБР, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України «Про затвердження Інструкції про порядок використання правоохоронними органами України інформаційної системи Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерпол» від 17 серпня 2020 року №613/380/93/228/414/510/2801/5, Наказу Генерального прокурора від 30 червня 2020 року №298 «Про затвердження Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення» вбачається, що **часом оголошення особи у міжнародний розшук є час прийняття постанови уповноваженою особою органу досудового розслідування чи ухвалення постанови судом, а не вчинення дій, які спрямовані на виконання таких рішень (внесення даних до ЄРДР, направлення на виконання, отримання підтвердження про виконання чи інше).**

ШИРОКА КАТЕРИНА ЮРІЇВНА,
суддя Вищого антикорупційного суду

ВИЗНАННЯ НЕОБҐРУНТОВАНИМИ АКТИВІВ: ВИПРАВЛЯЄМО НЕДОЛІКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ?

Визнання необґрунтованими активів або «цивільна конфіскація» – це інноваційний інститут цивільного процесу, про який за досить короткий час з моменту його появи висловилися багато науковців, експертів та практиків. Імовірно, така увага зумовлена тим, що цей інститут, який регулюється всього лишень кількома статтями Цивільного процесуального кодексу України, є значимим для розвитку громадянського демократичного суспільства без корупції. У контексті цивільної конфіскації доцільно проаналізувати її міжнародний аспект, а також окремі елементи цього інституту при його застосуванні безпосередньо під час цивільного процесу.

Цивільна конфіскація дозволяє державі повернути шляхом подання позову до суду та стягнення в дохід держави необґрунтованих активів або доходів, отриманих від необґрунтованих активів, які були набуті особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування або іншою фізичною чи юридичною особою, яка набула у власність такі активи за дорученням такої особи. Позов пред'являється щодо активів, що було набуто **після 28.11.2019**. Станом на 2021 рік розмір активів, стосовно яких пред'являється позов, складає **від 1 003 600 гривень до 7 377 500 гривень**. Також, позов подається у випадку, якщо щодо злочину, предметом якого були такі активи, кримінальне провадження закрито на підставі пунктів 3, 4, 5, 8, 10 частини першої статті 284 Кримінального процесуального кодексу України (не встановлені достатні докази для доведення винуватості особи в суді і вичерпані можливості їх отримати; набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою; помер підозрюваний, обвинувачений, крім випадків, якщо провадження є необхідним для реабілітації померлого; стосовно кримінального правопорушення, щодо якого не отримано згоди держави, яка видала особу; після повідомлення особі про підозру закінчився строк досудового розслідування, визначений статтею 219 КПК України) і відповідне рішення набуло статусу остаточного

(тобто, постанова про закриття кримінального провадження вже не може бути оскаржена через закінчення строків на оскарження, визначених у ч. 1 ст. 304 КПК України (закінчився десятиденний строк із дня отримання особою копії постанови та слідчий суддя, суд не знайшов підстав для поновлення строку оскарження); а також стосовно доходів, отриманих від такого актива.

Справи про визнання необґрунтованими активів розглядає Вищий антикорупційний суд у складі колегії із трьох суддів, а в апеляції переглядає Апеляційна палата Вищого антикорупційного суду. Якщо трапилася ситуація, що позов пред'являється до судді чи працівника апарату Вищого антикорупційного суду, то справу розглядає Солом'янський районний суд міста Києва, а в апеляції переглядає Київський апеляційний суд, з урахуванням правил територіальної підсудності. Позовна давність у таких справах – **4 роки**, рахується від моменту набуття актива. Державу у суді представляють прокурори Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. У цих справах також застосовуються звичні для цивільного процесу заходи із забезпечення доказів або забезпечення позову, наприклад арешт. У справах про визнання необґрунтованими активів докази враховуються лише у межах цивільного провадження та не можуть слугувати доказами доведення вини у кримінальному провадженні. Стандарт доказування нижчий, ніж у кримінальному процесі («існують розумні підстави вважати» супроти «поза розумним сумнівом»). Вартість актива обчислюється за ринковою ціною або за мінімальною ринковою ціною, якщо актив було набуто за ціною, нижчою від ринкової. Важливо також зазначити, що до осіб, які призначаються на посади, припиняється трудовий договір із ними, якщо щодо них було виграно такий позов. Необґрунтований актив, його вартість, або звернення на інший актив стягується в дохід держави.

Спершу може здатися, що цивільна конфіскація має обвинувальний ухил. Це може бути пов'язано із тим, що цей інститут певною мірою пов'язаний із кримінальним провадженням (по суті, якщо кримінальне провадження було закрито із зазначених раніше підстав, держава може «переслідувати» мету стягнення активів, що були стверджуваним предметом злочину, через цивільну конфіскацію); із тим, що позивачем у цьому випадку виступає орган прокуратури; або ж просто тому, що фразою «необґрунтований актив» законодавець приховав насправді поняття «актива, який,

з високим рівнем ймовірності, було здобуто шляхом вчинення злочину». Виникає певний дисонанс, бо справді, як можна стягнути в дохід держави актив, який ймовірно було здобуто шляхом вчинення злочину, якщо не доведено факт самого вчинення злочину, хто його вчинив, яка його правова кваліфікація, хто постраждав тощо?

Втім, цивільна конфіскація, яка в англomовних країнах називається non-conviction-based forfeiture of assets (тобто, стягнення активів, що не базується на притягненні до відповідальності), широко використовується у всьому світі. Основа для такого механізму, зокрема, нерозривно пов'язана із визнанням концепції незаконного збагачення, яке стаття 20 Конвенції ООН проти корупції радить визнати злочином для державних посадових осіб. Ця ж Конвенція передбачає можливість застосування заморожування, арешту чи конфіскації активів, щодо яких є підстави вважати, що вони були здобуті внаслідок вчинення злочину або доходу від злочину (стаття 31). У параграфі 1(с) статті 54 цієї Конвенції зазначається, що: «Кожна Держава-учасниця з метою надання взаємної правової допомоги відповідно до статті 55 цієї Конвенції щодо майна, придбаного в результаті вчинення будь-якого зі злочинів, визначених цією Конвенцією, або використаного під час вчинення злочинів, відповідно до свого внутрішнього права розглядає питання про вжиття таких заходів, які можуть бути необхідними, щоб створити можливість для конфіскації такого майна без винесення вироку в рамках кримінального провадження у справах, якщо злочинець не може бути підданий переслідуванню з причини смерті, переховування або відсутності чи в інших відповідних випадках.»

Багаторічна практика ЄСПЛ також доводить, що такий захід є правомірним, законним, а, за умови дотримання процедур, які забезпечують особі право на справедливий суд, і пропорційним. Безумовно, таке стягнення необґрунтованим активів втручається у право особи на мирне користування власністю. Проте, ЄСПЛ вважає це «контролем за використанням власності», тобто заходом, яким держава може здійснювати правомірний контроль за правом на власність як кваліфікованим правом, тобто таким, що не є абсолютним.

Посібник Ради Європи «The Use of Non-Conviction Based Seizure and Confiscation» звертає увагу на те, що європейська практика цивільної конфіскації визнає, що вона є винятковим заходом ширшої стратегії запобігання злочинам. При цьому, вона має суто цивільний

характер і тому кримінально-процесуальні права, передбачені статтею 6 Конвенції (зокрема, презумпція невинуватості), не надаються у таких провадженнях. Як і будь-який захід, пов'язаний із обмеженням права власності, відповідно до положень статті 1 Протоколу 1 до Конвенції, цивільна конфіскація має здійснюватися із забезпеченням права на оскарження, а також забезпеченням вмотивованості стягнення активу у дохід держави. Це ж стосується і відповідності положенням статті 6 Конвенції про справедливий суд. Провадження про визнання необґрунтованими активів також мають бути справедливими та публічними (окрім випадків, коли це може зашкодити інтересам справедливості), відповідач повинен бути поінформований про справу проти нього. Він також має мати можливість брати участь у провадженні, як і треті особи, права яких теж зачіпаються. У рішеннях по справах *M проти Італії* (15.04.1991) та *Butler проти Сполученого Королівства* (27.06.2002) Європейський суд з прав людини зазначив, що «заходи, які є дуже суворими, але необхідними та відповідними для захисту суспільних інтересів, застосовуються навіть поза кримінальною сферою». При цьому, у контексті обставин, що розглядалися, Суд визнав цивільну конфіскацію запобіжним заходом, розробленим для вилучення із обігу грошей, які, як вважалося, були пов'язані із міжнародною торгівлею незаконними наркотичними речовинами, тобто він не становить за своєю суттю кримінальної санкції.¹

Безумовно, проблемним питанням цього механізму, а точніше сприйняття цього механізму зацікавленими особами, є **тягар доказування**. Європейський суд з прав людини у справі *Gogitidze проти Грузії* визнав **зворотній тягар доказування пропорційним**. У цій справі було зазначено про таке: «Справді, розумно було б очікувати, що всі три заявники (одного з яких було безпосередньо обвинувачено в корупції за матеріалами декількох кримінальних справ, а інші двоє заявників і члени їхніх сімей могли отримувати незаконні прибутки з доходів від злочинів) уникнуть тягара доведення, спростовуючи обґрунтовані підозри прокурора про неправомірні походження їхніх активів. Крім того, ці цивільні провадження для конфіскації явно були частиною політики, спрямованої на запобігання та викорінення корупції в державній

¹ The Use of Non-Conviction Based Seizure and Confiscation. Council of Europe, 2020. - Compatibility with Convention Rights, с. 19-24, accessed at <https://rm.coe.int/the-use-of-non-conviction-based-seizure-and-confiscation-2020/1680a0b9d3>.

службі, і Суд нагадує, що під час імплементації такої політики держави-відповідачі повинні мати широку свободу розсуду щодо вирішення того, якими є необхідні засоби застосування заходів для контролю за користуванням майном, зокрема конфіскація всіх видів злочинних доходів (див., наприклад, рішення у справі «Йлдірим проти Італії» (Yildirim v. Italy) (ріш.), № 38602/02, ЄСПЛ 2003IV, а також справу Батлера, зазначену вище).»¹

Не варто забувати про те, що у провадженнях із визнання необґрунтованими активів часто існує значний «дисбаланс доказів». Особа, активи якої держава хоче визнати необґрунтовано набутими та стягнути, часто має сильнішу позицію, ніж представник держави, оскільки, у разі законності набуття таких активів, матиме докази на підтвердження цього. Саме тому такий інститут містить зворотній тягар доказування, оскільки особа може мати достатньо ресурсів для доведення некримінальної природи походження активів. Щодо допустимості доказів, то ЄСПЛ визнав, що застосування цивільного тягара доказування (який можна сформулювати як «розглянути докази з урахуванням співвідношення ймовірностей або вимагати високої ймовірності незаконного походження майна у поєднанні з нездатністю власника довести протилежне») дає можливість суду легше прийняти рішення про стягнення.

Критики цивільної конфіскації визнають підстави для появи та функціонування такого інституту у розвинених країнах, вказуючи на неї як на спосіб застосування права для боротьби із злочинністю. У своїй статті «How far is too far? Theorising non-conviction-based asset forfeiture» докторки Дженніфер Гендрі з Університету Лідса та доктора Коліна Кінґа із Університету Сассекса для журналу *International Journal of Law in Context* зазначили про таке:

- Злочинність, особливо організована, вважається «великою дохідною справою» (big business), яка становить обурливу загрозу для суспільства.
- Ставлення до злочинності як до міжнародної загрози спричинила зміни до законодавства по всьому світу.
- Кримінальний процес, який вимагає значних гарантій прав людини та її захисту від держави, безумовно обмежує реалізацію

¹ <https://courses.ed-era.com/assets/courseware/9e466733eab9aeb296f9e4ce7973e27c/asset-v1:EdEra+HR201+hr201+type@asset+block/1P1-Gogitidze.pdf>.

правоохоронним органами своєї функції, робить обвинувачення прокурорами надзвичайно складним у деяких випадках.

- Саме тому, цивільна конфіскація виникла як результат неможливості кримінального процесу ефективно боротися із злочинністю (“the ‘failure’ of law”).¹

Лорд Пітер Голдсміт (юрист і генеральний прокурор Англії та Уельсу) під час прийняття парламентом закону, що, зокрема, передбачав цивільну конфіскацію сказав таке: «Особа у центрі злочинної організації може достатньо дистанціюватися від самих злочинних дій таким чином, що для демонстрації її фактичної участі у вчиненні злочинів не буде достатніх доказів. Свідки можуть відмовлятися свідчити, бо налякані. Крім того, можуть бути вагомі докази того, що розкішний будинок... яхти та швидкі автомобілі не були придбані у результаті законної діяльності, оскільки жодна із них не є очевидною (видимою). Із зібраної розслідуванням інформації може бути також зрозуміло, що така людина є особою, яка займається злочинною діяльністю, але може бути незрозуміло, якою є кваліфікація таких злочинів. Це може бути торгівля наркотиками, відмивання грошей або грабування банків. Проте, обвинувачення може бути не в змозі точно сказати, у чому полягає злочин, і, отже, особа матиме право бути виправданою за кожне із цих правопорушень. Якщо у кримінальному процесі прокурор не зможе довести, що особа, що постала перед судом, є насправді винною у пограбуванні банку або в діянні щодо відмивання грошей, тоді ця особа має бути виправданою. І, разом із тим, буде абсолютно очевидно, що особа набула своїх грошей у результаті вчинення злочину.»²

Хоча ця цитата й стосується організованої злочинності, але її суть певною мірою розкриває цивільну конфіскацію із цікавої сторони: що цивільна конфіскація є заходом реагування держави на недоліки кримінального судочинства, а саме неможливість цього інституту повною мірою боротися із вчиненням злочинів та їхнім запобіганням. Вона, за своєю суттю, є інструментом, який держава дає відсіч злочинам, засоби та методи вчинення яких щоразу ускладнюються настільки, що іноді майже неможливо встановити,

¹ Hendry, J., & King, C. (2015). How far is too far? Theorising non-conviction-based asset forfeiture. *International Journal of Law in Context*, 11(4), 398-411. doi:10.1017/S1744552315000269.

² <https://hansard.parliament.uk/Lords/2002-06-25/debates/ce74dd96-0842-42d6-9042-4b47d656dd6a/LordsChamber>.

що особа вчинила той чи інший злочин. Мова йде про труднощі доведення факту вчинення злочину чи злочинів із урахуванням залучення великої кількості осіб, детально розробленого плану дій, використання фіктивних підприємств, створення видимості законності транзакцій, транснаціональної природи деяких корупційних злочинів, технологічних перешкод у розслідуванні таких злочинів з урахуванням засобів шифрування спілкування тощо. Цивільна конфіскація, по суті, базується на одному-єдиному принципі: *«Якщо людина законно набула актив, вона завжди зможе це підтвердити належними доказами»*. А те, як це працюватиме, можна буде побачити лише через деякий час, коли виробиться стабільна практика розгляду справ.

Наукове видання

**II ЩОРІЧНИЙ КРУГЛИЙ СТІЛ
«АКТУАЛЬНІ ВИКЛИКИ У ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО
АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ»**

30 вересня 2021 року

Підписано до друку 28.12.2021. Формат 60х90 1/16

Папір офсетний. Друк цифровий.

Обл.-вид. арк. 4,31. Тираж 100 прим. Зам. 779.

Видавництво ТОВ “Компанія ВАІТЕ”

01042, м. Київ, вул. Саперне поле, 26, к. 27.

Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб’єктів
видавничої справи серія ДК № 2570 від 27.07.2006 р.

