



Делегація Європейського
Союзу в Україні



Консультативна місія
Європейського Союзу
в Україні (КМЕС)

ВИСНОВОК AMICUS CURIAE

наданий згідно з частиною 3 статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» про конституційне подання (N 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368-2 Кримінального кодексу України

ЧЕРВЕНЬ 2018 Р.

Цей висновок *amicus curiae* підготовлений за вимогою Європейського Союзу Генеральним секретарем Конституційного Суду Литовської Республіки доктором Інґрідою Данелене, експертом з антикорупційних питань Дмитром Котляром і старшим радником КМЕС/EUACI з питань боротьби з корупцією Клеменсом Мюллером. Суттєвий внесок був зроблений Головою Конституційного Суду Литовської Республіки професором Дейнюсом Жалімасом та колишньою суддею Європейського суду з прав людини Ноною Цоцорія.

Зміст

1. Спрямованість висновку amicus curiae	4
2. Стислий виклад аргументації	5
3. Аргументація	9
3.1. МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ ПИТАННЯ НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ	9
3.2. ВИНИКНЕННЯ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИН НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ ЯК ІНСТРУМЕНТУ БОРОТЬБИ З КОРУПЦІЄЮ	12
А. Розвиток подій у глобальному масштабі	12
В. Розвиток подій в Україні	16
3.3. ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ ТА СТАНДАРТАМ ЗАСАДНИЧИХ ПРАВ, ЩО ДІЮТЬ В УКРАЇНІ, КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ	18
А. Презумпція невинуватості	18
В. Захист від самозвинувачення	27
С. Принцип справедливого судового розгляду/рівноправності сторін	31
D. Принцип законності	32
E. Заборона притягнення до відповідальності за одне й те саме діяння (non bis in idem)	40
F. Принцип відсутності зворотної сили	45

1. Спрямованість висновку amicus curiae

Зважаючи на протести 2013-2014 років в Україні під час Євромайдану, Рада ЄС, на запрошення українського уряду, вирішила створити Консультативну місію Європейського Союзу в Україні (EUAM). КМЕС офіційно розпочала свою діяльність 1 грудня 2014 року зі свого головного офісу в Києві як місія без виконавчих повноважень в межах спільної безпекової та оборонної політики Європейської служби зовнішніх справ ЄС. КМЕС надає підтримку державним органам України в послідовному реформуванні сектору цивільної безпеки через стратегічне консультування та практичну підтримку конкретних заходів із реформування на основі стандартів ЄС і міжнародних принципів доброго врядування та дотримання прав людини. В основі мандату КМЕС лежать боротьба з корупцією та зміцнення можливостей з розслідування злочинних діянь, і Місію часто залучали до надання порад стратегічного характеру щодо законодавчих і практичних аспектів, пов'язаних із цими питаннями.

У 2017 р. Європейський Союз розпочав «Антикорупційну ініціативу ЄС в Україні» (EUACI), наразі найбільшу програму технічної допомоги у сфері протидії корупції, яка фінансується ЄС і Данією. Загальна мета EUACI - сприяти впровадженню антикорупційної політики в Україні з метою зниження рівня корупції. «Антикорупційна ініціатива ЄС в Україні» є трирічною програмою (2017-2019) для посилення спроможності новостворених антикорупційних агентств і зміцнення зовнішнього нагляду за процесом впровадження антикорупційної реформи з боку Верховної Ради України, громадянського суспільства і медіа.

Важливість, яку ЄС надає боротьбі з корупцією в Україні, також відбивається в різних політичних процесах, зокрема в Угоді про асоціацію між Україною та ЄС та в Плані дій з лібералізації візового режиму.¹ Крім того, Контракт для України з розбудови держави, що діяв між ЄС та Україною в 2014-2015 роках вимагав, серед іншого, приведення положень Кримінального кодексу України щодо злочинів, пов'язаних з незаконним збагаченням, у відповідність до положень КООНПК.² У своїй Першій доповіді щодо механізму безвізового режиму, опублікованій у грудні 2017 року, ЄС також підкреслив, що, попри дотримання критеріїв лібералізації візового режиму, «негайно треба вжити заходів із забезпечення повної реалізації та тривалості попередніх реформ, особливо в тому, що стосується антикорупційного критерію». Однією з таких реформ стало ухвалення нового антикорупційного законодавства, яке, серед іншого, передбачало кримінальну відповідальність за незаконне збагачення.

Представництво ЄС в Україні і Консультативна місія Європейського Союзу (КМЕС) вірить, що Amicus Curiae, підготований експертами КМЕС і EUACI, надасть Конституційному Суду України корисний аналіз і юридичні аргументи щодо конституційності криміналізації незаконного збагачення, який допоможе Суду в ході обговорень подання стосовно конституційності цього питання.

¹ Див. зокрема статті 3, 14, і 22 Угоди про асоціацію, «Офіційний журнал Європейського Союзу», L 161/3, 29.05.2014.

² Європейська Комісія. «Рішення Комісії про виконання в 2014 році спеціального заходу на користь України, який має фінансуватися з загального бюджету Європейського Союзу», документ № C(2014)2907, остаточна редакція, 29.04.2014.

2. Стислий виклад аргументації

У конституційному поданні від 12 грудня 2017 стверджується, що частина 1 статті 368-2 Кримінального кодексу України (КК) суперечить таким конституційним принципам: захист від самозвинувачення, презумпція невинуватості, право на справедливий судовий розгляд і рівність сторін, принцип законності, принцип «non bis in idem» і принцип відсутності зворотної сили в часі.

Загальним зауваженням до аргументів у конституційному поданні є їхній загальний характер. У конституційному поданні не досліджуються сутність та релевантність відповідних правових принципів щодо норми Кримінального кодексу, яка заперечується, а також не проводиться поглиблений аналіз відповідної прецедентної практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) або іноземної конституційної практики.

Можна стверджувати, що конституційне подання також неправильно тлумачить правову норму Кримінального кодексу, яка заперечується, та ігнорує презумпцію конституційності й, таким чином, останній доступ до можливостей тлумачити цю норму кримінального права способом, що був би сумісний з конституційними вимогами.

У міжнародних стандартах і рекомендаціях визнається важливість кримінальної відповідальності за злочин незаконного збагачення як ефективного інструменту в запобіганні та боротьбі з корупцією. Низка міжнародних стандартів рекомендує та заохочує країни, принаймні, розглянути можливість такої криміналізації. Можна стверджувати, що, вводячи злочин незаконного збагачення до свого Кримінального кодексу, Україна здійснює свої суверенні права щодо виконання зобов'язань, які випливають з різних міжнародних угод та інших домовленостей. Україна скористалася своєю «широкою свободою розсуду» в питаннях політичної, економічної та соціальної спрямованості та задовольнила громадський інтерес в боротьбі з корупцією, криміналізуючи незаконне збагачення.

Таке принципове рішення відповідає низці міжнародних угод (включно з КООНПК – Конвенцією ООН проти корупції), причому у понад 45 країнах світу запроваджено кримінальну відповідальність у межах боротьби з накопиченням державними посадовими особами статків незрозумілого походження. В Україні поняття злочину незаконного збагачення вперше було введено 2011 року, а потім переглянуто 2014 року в світлі відповідності до міжнародних рекомендацій.

За результатами аналізу кримінального правопорушення незаконного збагачення в світлі відповідної прецедентної практики ЄСПЛ та іноземної конституційної практики, а також з огляду на обставини та розвиток подій всередині країни, на підтримку Конституційному Суду України у винесенні ним рішення надаються такі аргументи:

■ ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ:

У конституційному поданні стверджується, що стаття 368-2 КК порушує право особи вважатися невинною, оскільки перекладає тягар доказування зі сторони обвинувачення на обвинуваченого. З конкретного формулювання злочину незаконного збагачення в Україні та судової практики ЄСПЛ і конституційних судів інших держав випливає, що стаття 368-2 КК не передбачає будь-якого перекладання тягара доказування і, таким чином, не порушує презумпцію невинуватості.

На відміну від формулювання Конвенції ООН проти корупції (КООНПК) («значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати»), стаття 368-2 КК не вимагає від обвинуваченого пояснювати походження своїх доходів чи надавати будь-яке інше підтвердження або інформацію. КК забезпечує більш високий рівень захисту для обвинуваченого, як порівняти з відповідним положенням КООНПК. Це положення стосується доказів, що мають встановлювати відсутність законних джерел для придбання значних активів, які належать державній посадовій особі. Такі докази, за правилами кримінального провадження в Україні, має збирати та представляти до суду державне обвинувачення. У справах, пов'язаних зі злочинном незаконного збагачення, основна відповідальність за надання обґрунтованих доказів правопорушення покладається на обвинувача. Якщо обвинувачення доводить наявність достатньо серйозних доказів та в змозі продемонструвати, що державна посадова особа не могла придбати активи, використовуючи законні джерела доходу, то ця державна посадова особа має право довести законне походження зазначених активів. Лише державна посадова особа буде володіти інформацією, що може доводити протилежне. У цьому разі державна посадова особа краще за всіх зможе пояснити, яким чином були придбані запитовані активи. Крім того, існує міцний громадський інтерес у використанні обґрунтованих і домірних правових презумпцій з метою переслідування за корупцію, зокрема у формі незаконного збагачення, за умови, що такі презумпції спростовні та ґрунтуються на очевидних доказах, наданих обвинуваченням.

■ СВОБОДА ОСОБИ ВІД САМОЗВИНУВАЧЕННЯ:

У конституційному поданні стверджується, що визначення незаконного збагачення порушує свободу від самозвинувачення – конституційне право, передбачене статтею 63 Конституції України. По-перше, стаття 368-2 КК не вимагає від обвинуваченого надавати будь-які пояснення і не зобов'язує в прямій формі обвинуваченого надавати інформацію. Підсудний має право, але не зобов'язаний надавати пояснення щодо походження активів, про незаконність яких стверджує обвинувачення. Положення Кримінального кодексу як таке не встановлює будь-якого тягара доведення щодо надання доказів. Це регламентується виключно правилами кримінального провадження. По-друге, навіть якщо такі пояснення потребувалися б за українським законодавством, це не становило б порушення права не свідчити проти самого себе. З прецедентної практики ЄСПЛ випливає, що це право не є абсолютним, і що закон не можна абстрактно вважати таким, що порушує цей принцип, лише тому, що він дозволяє (непрямо, як у випадку зі статтею 368-2 КК) робити висновки з ненадання обвинуваченим пояснень щодо доведеної обвинуваченням наявності достатньо серйозних доказів. Нарешті, з мовчання

обвинуваченого можна зробити висновки на користь супротивної сторони, коли обставини справи, очевидно, вимагають пояснень від особи, якщо таке мовчання не є основною підставою для визнання обвинуваченого винним. Рівень примусу та громадський інтерес до розслідування корупційних справ дозволяють робити такі висновки прийнятними. Водночас, такі правові презумпції не приводять до перекладання тягара доказування, яке залишається обов'язком обвинувачення.

■ ПРИНЦИП СПРАВЕДЛИВОГО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ТА РІВНОСТІ СТОРІН:

Конституційне подання заперечує проти статті 368-2 КК через порушення принципу справедливого судового розгляду та рівності сторін. Приймаючи до уваги те, що стаття 368-2 КК України не передбачає перекладання тягара доказування, а також не змушує обвинуваченого до самозвинувачення у кримінальній справі, пов'язаній із незаконним збагаченням, і, таким чином, вона також не впливає негативним чином на гарантії справедливого судового розгляду. Обвинувачений має право надавати пояснення щодо доведеної державним обвинуваченням наявності достатньо серйозних доказів, включно зі спростовною презумпцією статків незрозумілого походження. З такого мовчання суд може зробити висновки на користь супротивної сторони, але ці висновки є домірні та обґрунтовані й не можуть становити єдину підставу для засудження. Аналогічним чином, вчинення злочину незаконного збагачення, як таке, не позбавляє підозрюваного чи обвинуваченого будь-яких гарантій, наданих йому правилами кримінального провадження, включно з правом захищати себе чи залучати адвоката, та інших гарантій згідно з принципом рівності сторін. Оскільки тягар доведення не перекладається і залишається обов'язком обвинувачення, обвинувачений не опиняється в невідгідному становищі. За ним залишається право свідчити та надавати пояснення, які б заперечували наведені обвинуваченням докази.

■ ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ:

У конституційному поданні стверджується, що стаття 368-2 КК порушує принцип законності, оскільки диспозиція, покладена в її основу, нібито незрозуміла та неоднозначна, оскільки не надає чіткого та зрозумілого визначення підстав для набуття права власності на активи.

На думку авторів висновку *amicus curiae*, згаданий елемент незаконного збагачення – збільшення активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами – достатньо чітко проглядається з формулювання частини 1 статті 368-2 КК: це положення може тлумачитися як таке, що передбачає настання кримінальної відповідальності, лише тоді, коли доведено, що збільшення активів у значному розмірі не могло статися з використанням законних доходів; таким чином, лише після перевірки всіх можливих способів набуття активів підтверджується, що обвинувачений не міг отримати значну суму доходу від своєї діяльності, не забороненої законом. По-друге, обвинувачений, якщо не сам, то за допомогою адвоката, здатний усвідомити зазначений зміст статті 368-2 КК, а також розрізнити законний і незаконний дохід, визначити заборонену законом діяльність і зрозуміти, які докази можуть бути використані, щоб підтвердити законність чи незаконність його доходів. По-

третє, слід також зважати на особливий статус обвинуваченого, тобто статус особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (державної посадової особи): державні посадові особи обізнані про підвищені стандарти доброчесності, застосовні до них під час перебування на посаді, а також про відповідні обов'язки щодо декларування та обґрунтування свого доходу згідно зі встановленими національним законодавством процедурами. У тих випадках, де виникають окремі законодавчі неясності чи суперечності, основним обов'язком органів судової влади є їхнє вирішування через узгоджене та передбачуване тлумачення й застосування судами кримінального законодавства.

■ ПРИНЦИП «NON BIS IN IDEM»:

У конституційному поданні стверджується, що стаття 368-2 КК несумісна з принципом «non bis in idem», оскільки вона, нібито, встановлює «можливість притягнення до відповідальності двічі за діяння, які стали підставою для такого збагачення». На думку авторів висновку amicus curiae, основна ідея криміналізації незаконного збагачення полягає в тому, щоб усунути вимогу щодо доведення зв'язку між діями державної посадової особи та вигодою, надалі отриманою за такі дії. Це означає, що брак доказів на користь обґрунтованого збільшення активів становить достатню ознаку для виникнення кримінальної відповідальності. Кримінальне переслідування за незаконне збагачення не потребує одночасного переслідування за предикатний злочин, тобто для того, щоб у межах останнього положення настала кримінальна відповідальність, потребується лише відсутність обґрунтування суттєвого збільшення активів, а не вчинення обвинуваченим інших конкретних злочинів чи правопорушень.

Крім того, можна навести такі аргументи: по-перше, клопотання не містить достатніх аргументів щодо обов'язкової наявності елемента «bis» (дублювання провадження) у складі злочину незаконного збагачення. Для настання кримінальної відповідальності потребується лише відсутність обґрунтування суттєвого збільшення активів, а не вчинення обвинуваченим предикатного злочину. По-друге, подання ніяк не доводить наявності елемента «idem» (наявність тих же правопорушень) навіть у тих випадках, коли незаконне збагачення безпосередньо пов'язане з іншими конкретними злочинами; розумно припустити, що незаконне збагачення та інші види злочинної діяльності, які можуть бути причиною незаконного збагачення, виникають за суттєво різних обставин і мають різні елементи складу злочину. По-третє, клопотання також не розглядає питання паралельних проваджень, які не виключаються принципом «non bis in idem». Нарешті, визначення того, чи правопорушення є ті ж самі, становить, насамперед, питання конкретної справи та залежить від оцінки її обставин.

■ ПРИНЦИП НЕПРИПУСТИМОСТІ ЗВОРотної дії:

У конституційному поданні стверджується, що частина 1 статті 368-2 КК, можливо, порушує засади законності в плані незворотності дії закону в часі, тобто кримінальний злочин незаконного збагачення стосується правових відносин, що існували до запровадження такого поняття.

Релевантною ознакою цього злочину є дія з набуття активів (їхнє значне збільшення), з якою пов'язаний час, коли, як вважають, був вчинений цей злочин. По-перше, статтю 368-2 КК слід тлумачити в світлі інших положень КК, що встановлює загальні правила застосування кримінального права в часі. За результатами такого тлумачення немає підстав стверджувати, що визначення незаконного збагачення передбачає застосування закону зі зворотною силою. Слід припускати, що набуття активів у значному розмірі має відбуватися після набрання чинності статтею 368-2 КК. По-друге, відповідність оскаржуваної норми принципу неприпустимості зворотної дії може також підтверджуватися кваліфікацією кримінального правопорушення незаконного збагачення як продовжуваного злочину. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення може застосовуватися до випадків, коли набуття активів у значному розмірі завершилося після дати набрання чинності статтею 368-2 КК, навіть якщо до цієї дати було вчинено одну чи кілька дій із придбання частин таких активів. По-третє, можна стверджувати, що стаття 368-2 КК в тому, що стосується запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, сумісна з принципом неприпустимості зворотної дії, оскільки в Україні фактично не було введено якоїсь нової концепції, а, радше, було заново та ефективніше врегульовано чинні заходи, спрямовані на запобігання та викорінення корупції в державних органах.

3. Аргументація

3.1. МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ ПИТАННЯ НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ

Як зазначала в своїй резолюції Парламентська асамблея Ради Європи, корупція залишається основною проблемою в Європі, що створює серйозну загрозу для верховенства права; вона ставить під загрозу нормальне функціонування державних установ та відволікає органи державної влади від їх призначення, яке полягає в служінні суспільним інтересам; вона порушує законодавчий процес; впливає на принципи законності та правової визначеності; дозволяє певний ступінь сваволі в процесі прийняття рішень і має руйнівний вплив на права людини.³ Зважаючи на ці дуже серйозні наслідки корупції, міжнародні угоди та інші документи визнають потребу боротьби з корупцією за допомогою кримінально-правових заходів. Деякі з цих документів, включно з тими, державою-учасницею яких є Україна, закликають держав-членів запровадити різні ефективні інструменти з метою переслідування

³ Парламентська асамблея Ради Європи. «Корупція як загроза верховенству права», резолюція 1943 (2013) від 26 червня 2013 р. Доступно за посиланням <https://bit.ly/2wu6wc1>.

за корупційні правопорушення та позбавлення злочинців незаконних прибутків шляхом конфіскації.⁴ Саме на цьому тлі слід оцінювати питання про конституційність злочину незаконного збагачення.

Переслідування за незаконне збагачення становить один із таких інструментів виконання кримінального законодавства, який знайшов своє місце в багатосторонніх конвенціях проти корупції. Зокрема КООНПК як найбільш загальноприйнятий документ, що був ухвалений 2003 року і набув чинності 2005 року, передбачає в статті 20, що

«За умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати».

На відміну від інших регіональних конвенцій, КООНПК залишає на розсуд відповідної Держави-учасниці вирішення питання про криміналізацію незаконного збагачення. Однак, як зазначалося в Керівництві для законодавчих органів щодо здійснення КООНПК, визнання незаконного збагачення за злочин було визнано корисним у низці юрисдикцій. Цей захід покликаний усунути труднощі, на які натрапляє обвинувачення, якщо воно має доводити, що державна посадова особа вимагала чи брала хабарі у випадках, коли її збагачення настільки нерозмірне з її законним доходом, що доводить наявність достатньо серйозних доказів корупції. Визнання злочину незаконного збагачення також було визнане за корисне як чинник стримування корупції серед державних посадових осіб.⁵ У Керівництві також визнається, що «необов'язковість переслідування за цей злочин згідно з КООНПК фактично дає підстави визнавати, що злочин незаконного збагачення, обвинувачений у якому повинен надати розумні пояснення суттєвому зростанню своїх активів, у деяких юрисдикціях, може розглядатися як такий, що суперечить праву вважатися невинним, поки винність не буде доведена відповідно до закону. Однак також чітко зазначалося, що презумпція вини тут відсутня, і що тягар доведення залишається на стороні обвинувачення, яка повинна продемонструвати, що масштаби збагачення перевищують законні доходи особи. Таким чином, це може розглядатися як "спростовна презумпція". Після пред'явлення доказів обвинувачений може надати обґрунтоване чи вірогідне пояснення».⁶

Міжамериканська конвенція про боротьбу з корупцією, ухвалена Організацією американських держав 1996 року, стала першою регіональною конвенцією, що визнала за злочин незаконне збагачення. Стаття IX Конвенції передбачає, що, відповідно до своєї Конституції та основних принципів своєї правової системи, кожна Держава-учасниця, що ще не зробила цього, повинна вжити необхідних заходів встановлення за своїм законодавством як злочину суттєвого збільшення майна урядового чиновника, що він не може зрозуміло пояснити у відношенні до його законних заробітків під час

⁴ Серед таких документів, що особливо актуальні для України, є: Конвенція Ради Європи 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (ETS № 141), яка набула чинності в Україні 1 травня 1998 р.; Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності (UNTOC), яка набула чинності в Україні 21 травня 2004 р.; Конвенція ООН проти корупції, яка набула чинності в Україні 1 січня 2010 р.; Конвенція Ради Європи 2005 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму (ETS № 198), яка набула чинності в Україні 1 червня 2011 р.

⁵ УНЗ ООН. Керівництво для законодавчих органів щодо здійснення Конвенції ООН проти корупції [Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption], друге переглянуте видання, 2012, § 296.

⁶ Там само, § 297.

здійснення своїх функцій. Серед тих Держав-учасниць, що встановили незаконне збагачування як злочин, такий злочин мусить розглядатися як акт корупції, маючи на увазі цілі цієї Конвенції.

Аналогічним чином, стаття 8 ухваленої 2003 року Конвенції Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею передбачає, що, згідно з нормами свого внутрішньодержавного права, Держави-учасниці зобов'язуються вживати потрібних заходів, аби визнати незаконне збагачення за злочин у своєму законодавстві.

Майже всі міжнародні організації вважають кримінальне переслідування за незаконне збагачення однією з вірцевих практик боротьби з корупцією. Організація з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ) посилається на криміналізацію незаконного збагачення як на приклад вірцевої практики та «ілюстрацію того, як деякі Держави-учасниці використовують правові інструменти, щоб подолати пов'язані з корупцією проблеми».⁷ Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) зазначала 2016 року, що криміналізація незаконного збагачення може стати потужним інструментом судового переслідування корумпованих посадовців, оскільки не потребує доведення того, що корупційна обуродка дійсно сталася, замість цього дозволяючи суду робити висновки з того факту, що посадовець має статки незрозумілого походження, які не могли бути отримані з законних джерел.⁸ ОЕСР рекомендувала «розглянути можливість криміналізації незаконного збагачення через застосування спростовної презумпції незаконного походження будь-яких активів, набуття яких посадова особа нездатна пояснити, наводячи законні джерела».⁹

У вересні 2017 року Європейський парламент у своїй Резолюції про корупцію та права людини в третіх країнах зазначив, що наявний стан речей з корупцією та незаконним збагаченням на державних посадах призвів до захоплення та збереження влади клептократами. Він відповідно підкреслив, що зловживання у використанні державних коштів, незаконне збагачення та хабарництво мають каратися спеціальними додатковими стягненнями згідно з кримінальним законодавством.¹⁰

Крім того, Світовий банк зазначав, що «зростає тенденція до криміналізації володіння статками незрозумілого походження через запровадження покарань для будь-яких (у тому числі колишніх) державних службовців, рівень життя або матеріальні ресурси чи майно яких в минулому або тепер суттєво нерозмірні з їхнім теперішнім або минулим відомим легальним доходом, і які не здатні надати цьому задовільного пояснення. [...] криміналізація “незаконного збагачення” або “статків незрозумілого походження” стала визнаним інструментом у боротьбі з корупцією».¹¹

Саме з цих причин міжнародні організації та механізми моніторингу рекомендували Україні ввести криміналізацію незаконного збагачення відповідно до КООНПК. Наприклад, в оглядовому звіті КООНПК про Україну вітається запровадження в національній правовій системі кримінальної

⁷ Підручник ОБСЄ по боротьбі з корупцією [OSCE, Handbook on Combating Corruption], 2016, с. 190 і 196; Вірцева практика ОБСЄ в боротьбі з корупцією [OSCE, Best practices in combating corruption], 2004, глава 12 «Кримінальне законодавство».

⁸ ОЕСР. «Реформи у сфері боротьби з корупцією у країнах Східної Європи та Центральної Азії. Досягнення та проблеми, 2013-2015 рр.» [Anti-corruption Reforms in Eastern Europe and Central Asia: Progress and Challenges, 2013-2015], 2016.

⁹ Там само, с. 159.

¹⁰ Доступно за посиланням <https://bit.ly/2wsUXI7>.

¹¹ Світовий банк. «Антикорупційний порадник» [Anti-Corruption Toolkit], 2001, с. 213.

відповідальності за незаконне збагачення.¹² Антикорупційна мережа ОЕСР для країн Східної Європи та Центральної Азії у своєму звіті про Україну за підсумками Третього раунду оцінювання в межах моніторингу Стамбульського плану дій привітала той факт, що, у межах законодавчих змін 2014 і 2015 років, Україна переглянула формулювання злочину незаконного збагачення таким чином, що «загалом відповідає закладеній в КООНПК концепції».¹³ До того ж, Контракт для України з розбудови держави, що діяв між ЄС та Україною в 2014-2015 роках вимагав, серед іншого, приведення положень Кримінального кодексу України щодо злочинів, пов'язаних з незаконним збагаченням, у відповідність до положень КООНПК.¹⁴ Аналогічну умову було включено до програми фінансування МВФ для України.¹⁵

Можна стверджувати, таким чином, що, вводючи злочин незаконного збагачення до Кримінального кодексу, Україна здійснює свої суверенні права щодо виконання зобов'язань, які випливають з різних міжнародних угод та інших домовленостей. Відповідно до усталеної прецедентної практики Європейського суду з прав людини, саме держава повинна, насамперед, вибирати, як організувати свої відповідні правові системи, включно з процедурами кримінального судочинства.¹⁶ Держави мають «широку свободу розсуду» в питаннях політичної, економічної та соціальної спрямованості, а законодавцю має надаватися широкий розсуд як щодо наявності проблеми, яка зачіпає суспільні інтереси, потребуючи тим самим застосування заходів контролю, так і належного вжиття цих заходів. У цьому контексті можна стверджувати, що громадський інтерес в Україні до боротьби з корупцією потребує криміналізації незаконного збагачення.

3.2. ВИНИКНЕННЯ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИН НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ ЯК ІНСТРУМЕНТУ БОРотьБИ З КОРУПЦІЄЮ

А. РОЗВИТОК ПОДІЙ У ГЛОБАЛЬНОМУ МАСШТАБІ

Зростання останніми десятиліттями економічної злочинності, включно з корупцією, ставить нові проблеми через природу таких злочинів. Економічні злочини відрізняються від інших правопорушень тим, що злочинці прагнуть отримати вигоду, рідко наносять пряму шкоду потерпілому, а відповідні активи важко зв'язати з якимось певним кримінальним джерелом. Крім того, особи, які можуть мати інформацію про економічні злочини, часто є їхніми співучасниками. Учасники злочинних дій, наприклад, державні посадові особи, зазвичай, мають значні повноваження та можливості, які вони

¹² В оглядовому звіті проаналізовано формулювання злочину, введене 2011 року. У звіті зазначалося, що, як підтвердили національні органи влади, тягар доведення того, що збагачення виходить за рамки законного доходу порушника, покладається на сторону обвинувачення. «З метою надання допомоги національним органам влади, аби вони могли повною мірою скористатися своєю похвальною ініціативою щодо криміналізації такої поведінки, експерти, що проводили аналіз, також відзначили важливість забезпечення в майбутньому подальшої ясності та узгодженості в застосуванні статті 368-2 КК». Джерело: УНЗ ООН. Експертна доповідь про Україну [Country Review Report of Ukraine], 2013, с. 7-8, доступно за посиланням <https://bit.ly/2jLpW8>.

¹³ ОЕСР. Антикорупційна мережа для країн Східної Європи та Центральної Азії, звіт про Україну за підсумками Третього раунду оцінювання в рамках моніторингу Стамбульського плану дій, 2015, с. 48-49.

¹⁴ Європейська Комісія. «Рішення Комісії про виконання в 2014 році спеціального заходу на користь України, який має фінансуватися з загального бюджету Європейського Союзу», документ № C(2014)2907, остаточна редакція, 29.04.2014.

¹⁵ Див., напр., <https://bit.ly/2KP8hDL>.

¹⁶ Див., напр., Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Такске проти Бельгії» [Taxquet v. Belgium] (Велика Палата) від 16 листопада 2010 р., заява № 926/05, § 83.

можуть використовувати, щоб перешкодити розслідуванню або сховати прибутки, отримані нечесним шляхом. Таким чином, труднощі, пов'язані зі збором доказів, і серйозні ризики, що несе з собою корупція, підштовхнули розвиток нових інструментів, включно з кримінальним переслідуванням за незаконне збагачення.¹⁷

Основна ідея криміналізації незаконного збагачення полягає в тому, щоб усунути вимогу щодо доведення зв'язку між діями державної посадової особи та вигодою, надалі отриманою за такі дії. Хабарництво та інші корупційні злочини, зазвичай, становлять таємні дії, учасники яких не бажають їх розкривати зі зрозумілих причин. Як тільки отримано незаконну вигоду, стає дуже важко довести, що статки незрозумілого походження у державної посадової особи є результат конкретної злочинної діяльності, навіть якщо такі статки можуть бути її найпомітнішою ознакою. Навіть якщо хабарництво доведено, так само важко встановити конкретні активи, отримані в результаті вчинення злочину, та піддати їх конфіскації.

Поняття злочину незаконного збагачення вперше було введено в Аргентині 1964 року.¹⁸ Того ж року аналогічне поняття було запроваджено в Індії.¹⁹ 1971 року в Гонконзі незаконне збагачення («володіння майном незрозумілого походження») було криміналізоване Указом про запобігання хабарництву, який з успіхом виконується з того часу.²⁰ З того часу багато країн ввели злочин незаконного збагачення до свого кримінального законодавства, і тепер близько 45 країн покладаються на цей інструмент у боротьбі з корупцією.²¹ Серед прикладів національної нормативно-правової бази можна навести такі:

- **У Литві** кримінальна відповідальність за незаконне збагачення була введена до Кримінального кодексу (стаття 189-1) 2010 року: «Особа, якій належить право власності на майно, вартість якого перевищує 500 мінімальних прожиткових мінімумів [приблизно 19 000 євро], і яка, водночас, усвідомлює або мала чи могла усвідомлювати, що таке майно не могло бути придбане з використанням законного доходу, карається штрафом, або арештом, або позбавленням волі на строк до чотирьох років. Особа, яка приймає майно, зазначене в частині 1 цієї статті, від третіх сторін, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконне збагачення,

¹⁷ Джаявікрама та ін. [Jayawickrama et al.]. Законодавчі положення, що сприяють збиранню доказів у корупційних справах: полегшення тягаря доказування [Legal provisions to facilitate the gathering of evidence in corruption cases: easing the burden of proof]. Форум з проблем злочинності та суспільства [Forum on Crime and Society], УНЗ ООН, т. 2, № 1, 2002, с. 23.

¹⁸ Частина 2 статті 268 КК Аргентини 1964 року передбачає: «Будь-яка особа, що у відповідь на законну вимогу не надає виправдання походженню свого якого-небудь значного збагачення себе чи використовуваної нею з метою прикриття третьої особи під час перебування на державній посаді та в період до двох років після припинення виконання своїх обов'язків, карається позбавленням волі на строк від двох до шести років, штрафом в розмірі від 50 до 100 відсотків суми збагачення і довічною абсолютною поразкою в правах. Під збагаченням розуміється не лише збільшення статків особи грошима, речами чи товарами, а й скасування її заборгованості чи погашення її зобов'язань. Особа, що використовувалася як прикриття з метою приховування збагачення, карається тою ж мірою, що й винна в злочині особа».

¹⁹ У розділі 5(3) Закону Індії «Про запобігання корупції» встановлені правила доказування, що дозволяють стороні обвинувачення доводити вчинення корупційного правопорушення (хабарництво, використання службового становища в корисливих цілях, незаконне присвоєння державної власності та злочинна поведінка під час виконання службових обов'язків), показавши, що обвинувачений: (а) володіє активами, що не відповідають його відомому доходу, і (б) не може надати цьому задовільного пояснення. Див. також: Світовий банк (Л. Мьюзіла, М. Моралес, М. Матіас, Т. Берґер [Muzila L., Morales M., Mathias M., Berger T.]). Хабарництво. Криміналізація незаконного збагачення в боротьбі з корупцією [On the Take. Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption], 2012, с. 8, доступно за посиланням: <https://bit.ly/2l56Lj7>. Пізніше, 1988 року, в Індії це було виділено в окремий злочин (стаття 13 Закону 1988 р. «Про запобігання корупції»): «Державний службовець вважається за такого, що вчинив правопорушення, яке полягає в злочинній поведінці... якщо він чи будь-яка особа від його імені володіє або будь-коли під час його служби володіли грошовими коштами чи майном, нерозмірними з відомими джерелами доходу такого державного службовця, і їхнє походження він не в змозі задовільно пояснити. Це правопорушення карається позбавленням волі від одного до семи років, а також штрафом».

²⁰ Формулювання злочину в поточній редакції (з останніми змінами, внесеними 2008 року): «Будь-яка особа, що, обіймаючи посаду керівника чи призначеного службовця: (а) підтримує свій добробут на рівні, що перевищує той, який відповідає його теперішній чи минулій офіційній винагороді; або (б) контролює грошові ресурси чи майно, нерозмірні з його теперішньою чи минулою офіційною винагородою, є винна у вчиненні злочину, якщо вона не надасть суду задовільних пояснень щодо того, як саме вона була в змозі підтримувати свій добробут на цьому рівні або як такі грошові ресурси чи майно опинилися під її контролем».

²¹ Див. огляд у виданні Світового банку (Л. Мьюзіла, М. Моралес, М. Матіас, Т. Берґер), там само, Додаток В.

якщо він/вона повідомить про це правоохоронні органи до того, як йому/їй буде вручено повідомлення про підозру, і якщо він/вона активно співпрацює у визначенні походження майна». Таке майно підлягає обов'язковій конфіскації. Якщо вартість майна менша за встановлене мінімальне значення, то особа мусить сплатити податки на активи й може бути покарана в адміністративному порядку штрафом в розмірі від 10 до 50% від вартості майна. Згідно зі статтею 190 КК, законний дохід, зазначений у статті 189-1, означає дохід, одержаний від діяльності, не забороненої законодавчими актами, незалежно від того, обліковується він чи ні в порядку, встановленому законодавчими актами.²²

- 2012 року **Киргизстан** вніс до свого Кримінального кодексу злочин незаконного збагачення (стаття 308-1 КК), тобто суттєве збільшення активів посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може належним чином обґрунтувати. Значне збільшення активів означає суму грошей, вартість цінних паперів, інше майно або користь матеріального чи нематеріального характеру, що в 3000 раз перевищує показник оцінки, встановлений законодавством Киргизстану на момент вчинення злочину. Новий Кримінальний кодекс Киргизької Республіки (ухвалений 2017 року, набуває чинності 1 січня 2019 року) змінює формулювання правопорушення на таке: «Придбання посадовою особою у власність (користування) майна, вартість якого перевищує його офіційні доходи, підтверджені законними джерелами за два повних роки, або передача ним такого майна близьким родичам» (стаття 323). Ті ж самі діяння, вчинені посадовою особою, яка обіймає відповідальну посаду, або якщо вартість майна перевищує офіційні доходи, підтверджені законними джерелами за п'ять повних років, за цією статтею становлять злочин незаконного збагачення за обтяжуючих обставин.
- Статтю 330-2 «Незаконне збагачення» було введено до КК **Молдови** 2014 року. Нею передбачається відповідальність за володіння посадовою особою, особисто чи через третіх осіб, майном, вартість якого значно перевищує отримані нею кошти та щодо якого встановлено на підставі доказів, що воно не могло бути отримане законним шляхом. Розмір «значного» перевищення в Кримінальному кодексі не уточнюється.
- **Монголія** вперше ввела кримінальну відповідальність за «поліпшення фінансового стану незаконним способом» у 2012 році. Новий Кримінальний кодекс Республіки Монголії (набрав чинності у вересні 2016 року) містить поняття «незаконного збагачення» (частина 10 статті 22): «Якщо державна посадова особа нездатна обґрунтувати як законне значне збільшення своїх доходів і майна, такі доходи та майно підлягають конфіскації, право відповідної посадової особи бути призначеним припиняється на строк до 2 років, вона карається штрафом у розмірі від 450 до 14 000 одиниць [1 одиниця дорівнює приблизно 1 євро], або припиненням права посадової особи на виїзд за кордон на строк від одного місяця до трьох років, або ж позбавленням волі на строк від одного місяця до трьох років».

²² ОЕСР. «Реформи у сфері боротьби з корупцією у країнах Східної Європи та Центральної Азії. Досягнення та проблеми, 2013-2015 рр.», 2016, с. 88-89.

- У грудні 2016 року **Вірменія** внесла зміни до свого Кримінального кодексу, доповнивши його злочином незаконного збагачення (стаття 310.1): «збільшення майна та (або) зменшення зобов'язань за звітний період в особи, яка, відповідно до Закону Республіки Вірменія «Про державну службу», зобов'язана подавати декларацію, якщо таке збільшення чи зменшення значно перевищує її законний дохід і не може бути належним чином виправдане цим доходом і якщо відсутні ознаки іншого злочину, що є підставою для незаконного збагачення». Для цілей цієї статті, «значно» означає суму (вартість), що в 5000 разів перевищує розмір мінімальної заробітної плати, встановленої на момент вчинення злочину. Доповнення було введено в дію 1 липня 2017 року.

З наведених вище прикладів випливає, що закон Литовської Республіки містить одне з найширших визначень незаконного збагачення, яке охоплює не лише державних посадових осіб, а й поширюється на будь-яку особу. Як буде показано нижче, Конституційний Суд Литви визнав таке положення прийнятним і сумісним з Конституцією цієї країни.

Окремі країни, де відсутнє кримінальне переслідування за незаконне збагачення, як це передбачено КООНПК, ввели покарання за аналогічні злочини, наприклад:

- У **Грузії** елементи складу злочину незаконного збагачення можна знайти у злочині відмивання коштів (стаття 194 КК Грузії). Відмивання коштів визначається в Грузії як «легалізація незаконних доходів, тобто надання законного вигляду (користування, придбання, володіння, конверсія, передача чи інші дії) незаконному і (або) незадокументованому майну з метою приховування його незаконного і (або) незадокументованого походження і (або) надання сприяння іншій особі в ухиленні від відповідальності, а так само приховування чи маскуванню його справжньої природи, джерела походження, місцеперебування, розміщення, руху, права власності на нього і (або) інших пов'язаних із ним прав». «Незадокументоване майно» визначається як «майно, а також доходи від цього майна, акції (частка), на які в особи, членів його/її сім'ї, близьких родичів або пов'язаних із ним/нею осіб відсутні документи, що підтверджують їхнє законне придбання, або які придбані на кошти, отримані в результаті відчуження незаконного майна». У грузинській правовій системі відсутні законодавчі вимоги щодо доведення будь-якого предикатного злочину. За даними грузинської влади, кримінальне переслідування здійснюється, коли обвинувач доводить відсутність будь-яких доказів на підтвердження законного походження майна.²³

Законодавством Грузії також передбачені процедури конфіскації майна, які стосуються незаконного збагачення: «конфіскація в кримінальному порядку» та «конфіскація в адміністративному порядку». Конфіскація в кримінальному порядку має загальний характер і дозволяє позбавляти об'єктів правопорушення, засобів злочину та доходів, одержаних злочинним шляхом. Вона здійснюється в межах процедури винесення вироку після остаточного встановлення вини особи (конфіскація *in personam*). Процедура «конфіскації в адміністративному порядку» введена 2004 року та регламентується Кримінально-процесуальним кодексом і Адміністративно-процесуальним кодексом. Вона окремо дозволяє стягу-

²³ ОЕСР. Там само, с. 91.

вати неправомірно набуте майно та статки незрозумілого походження у державної посадової особи, а також у її членів сім'ї, близьких родичів і так званих «пов'язаних осіб», навіть без попереднього засудження відповідної особи в кримінальному порядку (конфіскація in rem).

У справі «Гогітідзе та інші проти Грузії»²⁴ Європейський суд з прав людини розглянув сумісність конфіскацій в адміністративному порядку (цивільних процедур in rem), спрямованих на повернення неправомірно придбаної власності та статків незрозумілого походження, що були набуті в Грузії з використанням доходів від корупційних злочинів. Аналогічно окремому кримінальному злочину незаконного збагачення, повернення статків незрозумілого походження спрямоване на запобігання незаконному збагаченню, отриманому корупційним способом, і слугує за засіб стримування. У справі Гогітідзе Європейський суд детально розглядав громадський інтерес у боротьбі з корупцією та спирався на принципи, що можуть також застосовуватися до оцінювання кримінального злочину незаконного збагачення.

- Відповідно до статті 321-6 Кримінального кодексу **Франції**, нездатність особи обґрунтувати джерела доходів, відповідних її способу життя, якщо така особа має законну владу над неповнолітнім, який проживає разом з нею і систематично скоює злочини або проступки проти майна інших осіб, карається п'ятьма роками тюремного ув'язнення і штрафом у розмірі 375 000 євро. Штраф може бути призначений на суму понад 375 000 євро аж до половини вартості прихованого майна. За статтею 450-2-1, нездатність особи обґрунтувати джерела доходів, відповідних її способу життя, якщо вона підтримує регулярні зносини з особами, що займаються діяльністю, визначеною статтею 450-1 [«Організація зловмисників»], карається п'ятьма роками тюремного ув'язнення і штрафом в розмірі 375 000 євро.

В. РОЗВИТОК ПОДІЙ В УКРАЇНІ

Загальновизнано, що корупція стала пандемічною та є системною в Україні. Вона пронизує всі сфери суспільного життя і навіть визнавалася за загрозу національній безпеці.²⁵ Закон України 2014 року «Про засади державної антикорупційної політики в Україні» визначає, що розв'язання проблеми корупції є одним із пріоритетів для українського суспільства на сьогоднішньому етапі розвитку держави. У ньому також визнається, що саме корупція була однією з причин, що призвела до масових протестів в Україні у 2013-2014 роках. За даними нещодавно проведеного загальнонаціонального опитування, найважливішою проблемою, що стоїть перед країною, називали корупцію (48 відсотків опитаних), за якою йшов військовий конфлікт на Донбасі (42 відсотки).²⁶

Цю оцінку поділяють і міжнародні організації. Наприклад, у своїй січневій резолюції 2017 року про Україну Парламентська асамблея Ради Європи зазначила, що повсюдна корупція в Україні, як і раніше,

²⁴ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Гогітідзе та інші проти Грузії» [Gogitidze and Others v. Georgia] від 12 травня 2015 р., заява № 36862/05.

²⁵ Див., напр., Стратегію національної безпеки України, затверджену Указом Президента України від 26 травня 2015 року № 287/2015, доступно за посиланням <https://bit.ly/2jQR0Oh>.

²⁶ Міжнародний республіканський інститут (IRI). Опитування громадської думки жителів України [Public Opinion Survey of Residents of Ukraine], січень 2018 р., доступно за посиланням

викликає велике занепокоєння.²⁷ Європейський Парламент також рішуче переконаний, що амбітна антикорупційна програма, включаючи повне несприйняття корупції, є невідкладно необхідна в Україні; він наголосив, що боротьба проти такої практики має стати одним із ключових пріоритетів нового уряду.²⁸ В інших численних міжнародних доповідях також підкреслюється високий рівень корупції в Україні.²⁹

В Україні поняття злочину незаконного збагачення вперше було введено до Кримінального кодексу в 2011 році. Хоча це й не відбивало повністю визначення злочину, що міститься в КООНПК,³⁰ це нововведення криміналізувало одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передачу нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва. Стаття 368-2 КК у її поточній редакції була викладена в жовтні 2014 року Законом «Про Національне антикорупційне бюро України», який вніс низку змін до інших правових норм, включно з положеннями Кримінального кодексу. Нове визначення було частиною антикорупційного пакету, ухваленого з метою вирішення нагальної проблеми корупції в Україні. Як зазначалося у пояснювальній записці до одного з законопроектів, що лягли в основу нової редакції, «відповідальність за незаконне збагачення є одним з найбільш дієвих засобів протидії корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь, а зосереджена на наявності надмірного майна публічного службовця, яке не можна пояснити законними джерелами отримання доходів».³¹

Поки що застосування положення про злочин незаконного збагачення залишається на низькому рівні. Згідно з Національною доповіддю щодо реалізації засад антикорупційної політики в Україні, лише шість злочинів, пов'язаних із незаконним збагаченням, були виявлені та розслідувались у 2016 році та один – у 2017 році (дані не включають статистику Національного антикорупційного бюро – НАБУ). За даними річних звітів про діяльність НАБУ в 2015-2017 роках, Бюро скерувало до суду обвинувальний акт стосовно двох осіб і повідомило ще одну особу про підозру в незаконному збагаченні.³²

²⁷ Асамблея також зазначила, що тривала відсутність вираженого й конкретного прогресу в цій сфері, в тому числі щодо судових переслідувань і обвинувальних вироків, здатна послабити ефективність наміченої владою амбітної реформи та зрештою підірвати довіру суспільства до політичної та судової системи в цілому. Асамблея привітала створення основних інституційних рамок для боротьби з корупцією в країні та розраховує, що це приведе до відчутних і конкретних результатів, в тому числі щодо судових переслідувань і обвинувальних вироків. Джерело: Резолюція № 2145 (2017) від 25 січня 2017 р., доступно за посиланням <https://bit.ly/2E3Vahb>.

²⁸ Резолюція від 15 січня 2015 р. про ситуацію в Україні, доступно за посиланням <https://bit.ly/1Kl2O15>.

²⁹ Наприклад, у своєму аналізі за 2017 рік МВФ, порівнявши ситуацію в Україні з іншими країнами, дійшов висновку про надмірно високий рівень корупції в Україні. «Це може серйозно підірвати перспективи економічного зростання, перешкоджаючи, зокрема, приватним інвестиціям. Тому подолання корупції є вкрай необхідним у прискоренні процесу економічного зближення з рештою Європи... Українська влада, останнім часом, вжила важливих заходів, що відповідають окремим прикладам цієї взірцевої практики. Вона, однак, стикається з низкою специфічних проблем, включно з концентрацією політичної та економічної влади в руках невеликої групи осіб, що може перешкоджати ефективній боротьбі з корупцією». Джерело: Міжнародний валютний фонд. Доповідь МВФ по окремій країні № 17/84 «Україна: вибіркові проблеми» [IMF Country Report No. 17/84, Ukraine Selected Issues], квітень 2017 р., доступно за посиланням <https://bit.ly/2prTJh8>.

³⁰ Див. серед інших оцінок: ОЕСР. Антикорупційна мережа для країн Східної Європи та Центральної Азії, звіт про Україну за підсумками Третього раунду оцінювання в рамках моніторингу Стамбульського плану дій, 2015, с. 48-49.

³¹ Див. пояснювальну записку до законопроекту № 4573, доступно за посиланням <https://bit.ly/2rylir8>.

³² Джерело: <https://bit.ly/2wwEAE8>.

3.3. ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ ТА СТАНДАРТАМ ЗАСАДНИЧИХ ПРАВ, ЩО ДІЮТЬ В УКРАЇНІ, КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ

Перш ніж розглядати конкретну аргументацію щодо відповідності конституційним гарантіям переслідування за незаконне збагачення, як більш загальне спостереження з погляду впливу розглядуваної юридичної проблеми, можна стверджувати, що правова позиція щодо незаконного збагачення має зважати й ґрунтуватися на антикорупційному потенціалі та конституційному обов'язку держави боротися з корупцією. Конституційний Суд України, розглядаючи конкретні питання, порушені в поданні, має можливість тлумачити Конституцію України в світлі принципів доброго врядування та прозорості, які можна вивести з конституційних обмежень на державну владу та обов'язку державних інституцій підтримувати верховенство права. Така правова позиція, не замінюючи собою наведені далі конкретні аргументи, бере до уваги доцільність і достатність кримінальної відповідальності за незаконне збагачення як інструменту боротьби з корупцією.³³ Також суттєвим є те, що стаття 368-2 КК не суперечить вимогам домірності як одному з загальних принципів верховенства права, оскільки не передбачає недомірну чи недоцільну міру юридичної відповідальності в світлі її загальної мети. Відповідаючи на аналогічний аргумент, Конституційний Суд Литви роз'яснив домірність кримінального переслідування за незаконне збагачення, підкресливши, що законодавець, діючи на свій широкий розсуд у питанні введення кримінального правопорушення, реалізував кримінальну політику держави з чіткою метою зробити корупційні діяння не вигідними та запобігти шкоді, що вони спричинюють державі та суспільству.³⁴ З огляду на фактичну ситуацію в Україні, пов'язану з корупцією на високому рівні та великі масштаби поширення незаконних статків, введення українським законодавцем кримінального переслідування за незаконне збагачення не є недомірне.

А. ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ

Презумпція невинуватості – це засадниче право, захищене міжнародними та регіональними документами, зокрема пунктом 2 статті 6 ЄКПЛ, державою-учасницею якої є Україна. Принцип презумпції невинуватості вимагає, серед іншого, того, що, виконуючи свої обов'язки, члени суду не мають керуватися упередженою думкою про вчинення обвинуваченим правопорушення, в якому його звинувачують; тягар доведення лежить на стороні обвинувачення, і всі сумніви мають тлумачитися на користь обвинуваченого. Презумпція невинуватості буде порушена, якщо тягар доведення перекладається зі сторони обвинувачення на сторону захисту. Відповідно до Конституції України, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

³³ Такий підхід також можна знайти у постанові Конституційного Суду Литви (цитованій нижче), який неодноразово вказував на імпліцитні конституційні принципи відповідального врядування та прозорості, що випливають із прямо сформульованих положень Конституції Литовської Республіки щодо конституційних обмежень на державну владу та обов'язку державних інституцій слугувати народу.

³⁴ Конституційний Суд Литовської Республіки, Постанова № КТ4-Н3/2017 від 15 березня 2017 р., § 34.

(1) ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Зі зростанням організованої злочинності, незаконного обігу наркотиків, тероризму, корупції та інших економічних злочинів, у багатьох правових системах функціонування передбачених законодавством правових чи фактичних презумпцій вважається за потрібне задля ефективного відправлення кримінального правосуддя.³⁵ Ступінь можливого застосування таких презумпцій розглядалася в прецедентній практиці ЄСПЛ, зокрема в рішенні Суду в справі «Салаб'яку проти Франції».³⁶ У справі Салаб'яку Суд розглядав обвинувальний вирок, винесений на підставі положення Французького митного кодексу, яке передбачає кримінальну відповідальність за володіння забороненими товарами, та згідно з яким об'єктивні ознаки злочину контрабанди припускалися за доведеним фактом володіння.

Суд зазначив, що правові чи фактичні презумпції діють у кожній правовій системі, причому Європейська конвенція в принципі не забороняє такі презумпції. Суд далі пояснив:

*[Європейська конвенція] вимагає, однак, від Договірних Держав залишатися з цього погляду в певних межах стосовно кримінального права... Таким чином, пункт 2 статті 6 не ставиться байдуже до правових чи фактичних презумпцій, передбачених кримінальним правом. Він вимагає від держав обмежувати їх у розумних межах, які зважають на важливість розглядуваних питань і забезпечують права сторони захисту».*³⁷

Висновки у справі Салаб'яку також були підтверджені під час розгляду справи «Фальк проти Нідерландів». Суд постановив, що:

*«Право особи в кримінальній справі вважатися невинуватою і вимагати перекладення на сторону обвинувачення тягаря доведення тверджень на його чи її адресу не є абсолютне, оскільки правові чи фактичні презумпції діють у кожній кримінально-правовій системі та, в принципі, не забороняються Конвенцією, доки держави залишаються в розумних межах, зважаючи на важливість розглядуваних питань і забезпечуючи права сторони захисту... Таким чином, застосовуючи презумпції в кримінальному праві, Договірні Держави мають дотримуватися балансу між важливістю розглядуваних питань і правами сторони захисту; інакше кажучи, використовувані засоби мають бути достатньо домірні з переслідуваною законною метою».*³⁸

Різниця між справами, в яких були представлені та не представлені докази *prima facie*, продемонстрована в рішеннях ЄСПЛ у справах «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» та «Тельфнер проти Австрії». У справі Джона Мюррея³⁹ Суд зазначив:

³⁵ Джайявікрама та ін. Законодавчі положення, що сприяють збиранню доказів у корупційних справах: полегшення тягаря доказування, там само, с. 27.

³⁶ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Салаб'яку проти Франції» [Salabiaku v. France] від 7 жовтня 1998 р., заява № 10519/83.

³⁷ Там само, § 28.

³⁸ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Фальк проти Нідерландів» [Falk v. the Netherlands] від 19 жовтня 2004 р., заява № 66273/01.

³⁹ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» [John Murray v. UK] від 8 лютого 1996 р., заява № 18731/91, § 51.

«питання в кожному конкретному випадку полягає в тому, чи надані обвинуваченням докази достатньо вагомі, щоб потребувати відповіді. Національний суд не може доходити висновку про вину обвинуваченого лише тому, що він воліє мовчати. Тільки якщо докази проти обвинуваченого “потребують” пояснень, які обвинувачений має бути в змозі надати, ненадання будь-яких пояснень “може, з погляду здорового глузду, становити підстави вважати, що пояснень немає, і що обвинувачений винний”. І навпаки, якщо в представлених обвинуваченням аргументах було так мало доказової сили, що вони не потребували відповіді, то ненадання її не може бути підставою для припущення вини».

Суд постановив, що, зважаючи на вагомість доказів проти заявника, припущення, зроблене з огляду на його відмову під час арешту, допитів у поліції та розгляду справи в суді надати пояснення своїй присутності на місці злочину, становило

«питання здорового глузду і не може вважатися за несправедливе чи необґрунтоване за цих обставин... суди значної кількості країн, де докази вільно оцінюються, можуть брати до уваги всі відповідні обставини, включно з тим, як обвинувачений поведився чи вів свій захист, оцінюючи докази в справі... За цих обставин також не можна стверджувати, що виведення обґрунтованих припущень з поведінки заявника мало наслідком перекладання тягаря доведення зі сторони обвинувачення на сторону захисту так, що принцип презумпції невинуватості був порушений».⁴⁰

На відміну від цього, ЄСПЛ встановив, що тягар доведення був перекладений у справі Тельфнера⁴¹ де обвинуваченого, який відмовився свідчити в поліції та на суді, було засуджено за порушення правил дорожнього руху на тій підставі, що він був водієм автомобіля, попри відсутність прямих доказів цього. Суд звернув увагу на те, що місцеві суди спиралися на протокол місцевої дільниці поліції, в якому стверджувалося, що заявник був основним користувачем автомобіля та не ночував удома в ніч аварії. Однак:

«Суд не вважає, що ці елементи доказів, які, крім того, не підтверджуються доказами, отриманими під час змагального розгляду справи, становлять доводи проти заявника, що потребували б пояснень з його боку... Вимагаючи від заявника надати пояснення, хоча й не будиши в змозі встановити наявність достатньо серйозних доказів проти нього, суди переклали тягар доведення зі сторони обвинувачення на сторону захисту».

Таким чином, судова практика ЄСПЛ показує, що правові чи фактичні презумпції є прийнятні, та як такі не призводять до порушення гарантій презумпції невинуватості, доки держава залишається в розумних межах, зважаючи на важливість розглядуваних питань і забезпечуючи права сторони захисту. Тому презумпція невинуватості не є абсолютна, і якщо сторона обвинувачення збере достатньо серйозні докази, що потребують пояснення, мовчання обвинуваченого може бути використано, щоб вдатися до припущень. Практика Суду також вказує на те, що порушення

⁴⁰ Там само, § 54.

⁴¹ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Тельфнер проти Австрії» [Telfner v. Austria] від 20 червня 2001 р., заява № 33501/96. Див. також: Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Крумгольц проти Австрії» [Krumpholz v. Austria] від 18 березня 2010 р., заява № 13201/05 («... допускати припущень у ситуації, що не потребувала в прямій формі пояснень від заявника, а також за відсутності достатніх процесуальних гарантій, становило порушення права заявника зберігати мовчання та презумпції невинуватості»).

принципу презумпції невинуватості може допускатися лише в окремих випадках після аналізу доказів, наданих стороною обвинувачення.

(2) КОНСТИТУЦІЙНА СУДОВА ПРАКТИКА В ІНШИХ КРАЇНАХ

Питання про сумісність кримінального переслідування за незаконне збагачення з нормою презумпції невинуватості розглядалося конституційними судами різних країн. Нещодавно, в березні 2017 року, в **Литві** (див. визначення злочину, наведене вище) Конституційний Суд постановив, що:⁴²

«20. ... обвинувач зобов'язаний довести вчинення злочинного діяння, в тому числі діяння, зазначеного в частині першій статті 189-1 КК (положення кримінального кодексу щодо незаконного збагачення), і що особа, яка його вчинила, винна. Підозрюваний/обвинувачений не зобов'язаний надавати докази та доводити, що злочинного діяння не було вчинено, і що він/вона не є винним(-ою) у його вчиненні, але має право це робити, користуючись своїм правом на захист. Суд, дотримуючись, серед іншого, принципів неупередженості, змагальності, презумпції невинуватості та інших вимог Кримінально-процесуального кодексу, зобов'язаний всебічно розглянути справу, оцінити докази та використати їх на обґрунтування свого рішення.

Потреба в дотриманні принципу презумпції невинуватості та вимог, що з нього випливають, під час доведення складу злочину... також підкреслюється у рішеннях Верховного Суду Литви. Відповідно до тлумачення, наданого в рішеннях зазначеного суду, під час доведення того, що майно не могло бути придбане за законний дохід, принцип презумпції невинуватості не має порушуватися... Відповідно до принципу презумпції невинуватості, обвинувачений не зобов'язаний доводити законність свого збагачення. Доведення того, що особа володіє відповідним майном на підставі права власності, усвідомлюючи, або маючи усвідомлювати, або, ймовірно, усвідомлюючи, що таке майно не могло бути придбане за законний дохід, є обов'язком сторони обвинувачення... Тому нездатність власника обґрунтовано пояснити походження свого майна в зв'язку зі своїм законним доходом як така недостатня, щоб вважати його/її винним(-ою). Для цього треба оцінити відомості про обставини набуття майна, а також відомості, пов'язані з власником майна та членами його/її сім'ї, – їхній стиль життя, характер і тривалість їхньої трудової діяльності, володіння підприємствами, врахований і, можливо, неврахований у бухгалтерському обліку дохід, узяті ними кредити, успадковане ними майно, їхні витрати, відносини з особами, про яких відомо, що вони ведуть незаконну діяльність тощо. Що ж стосується здатності обвинуваченого придбати майно за законний дохід, то слід брати до уваги не лише його/її власний дохід, а й також доходи членів його/її сім'ї, майнове становище та можливість накопичення наявного майна протягом усієї трудової діяльності, а не лише протягом певного періоду часу...»

⁴² Конституційний Суд Литовської Республіки. Постанова № КТ4-НЗ/2017 про відповідність частини 1 статті 189-1 КК Литовської Республіки Конституції Литовської Республіки від 15 березня 2017 р., доступна за посиланням <https://bit.ly/2wAjKDM>. Конституційні суди України та Литви є члени та засновники Асоціації конституційного правосуддя країн регіонів Балтійського та Чорного морів (ВВСІ), яка заснована на взаємній прихильності її членів до європейських демократичних цінностей і, згідно з її Статутом, постійно прагне, серед іншого, розширювати співпрацю та обмін досвідом між своїми членами у здійсненні конституційного правосуддя (ст. 4 і 5). Тому членам цієї організації, розглядаючи конституційні справи аналогічної тематики, було б доречно взяти до уваги практику партнерських конституційних судів. З цього погляду також актуальна Резолюція 2-го конгресу ВВСІ, що проходив 1-2 червня 2017 р., в якій ще раз підтверджена важливість обміну досвідом між судами-учасниками.

«39.3. [...] Стаття 189-1 КК не регламентує процес доказування цього злочинного діяння. Як зазначалося вище, цей процес регламентується нормами КПК, згідно з якими обвинувач зобов'язаний довести вчинення злочину, передбаченого частиною 1 статті 189-1 КК, тоді як суд зобов'язаний всебічно розглянути справу, оцінити докази та використати їх на обґрунтування свого рішення. Здійснюючи своє право на захист, підозрюваний/обвинувачений має право надати докази та поставити під сумнів підозри (звинувачення) на свою адресу; однак підозрюваний/обвинувачений не зобов'язаний доводити той факт, що злочинне діяння у вигляді незаконного збагачення не вчинялося. Слід також зазначити, що ситуація, коли підозрюваний/обвинувачений воліє мовчати, як така не може розглядатися за обтяження його/її становища в кримінальному провадженні. Отже, слід визнати, що правове регулювання, закладене в частині 1 статті 189-1 КК, не перекладає тягар доведення на особу, підозрювану (звинувачену) в незаконному збагаченні, не змушує таку особу надавати докази проти себе та не порушує принципу презумпції невинуватості, як це встановлено пунктами 1 і 3 статті 31 Конституції».

У 2014 році Конституційна палата Верховного Суду **Киргизької Республіки** не угледіла порушення конституційних гарантій презумпції невинуватості у кримінальному переслідуванні за незаконне збагачення.⁴³ Слід зазначити, що формулювання злочину незаконного збагачення в Киргизстані аналогічно визначенню, наведеному в КООНПК, і безпосередньо стосується посадових осіб, що нездатні виправдати збільшення активів, як порівняти з їхнім легальним доходом («суттєве збільшення активів посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може належним чином обґрунтувати»). Конституційна палата постановила, що:

«5. Склад цього злочину виникає лише тоді, коли посадова особа не в змозі обґрунтувати значне збільшення своїх активів, яке перевищує її законний дохід. Процес обґрунтування або доведення походження таких активів має здійснюватися поза кримінальним судочинством і є частиною її зобов'язань як посадової особи... Якщо посадова особа надає докази законності набуття майна, підстави для притягнення її до кримінальної відповідальності відпадають. Відповідно, обов'язок посадової особи довести значне збільшення своїх активів, що перевищує її законні доходи, є частиною її зобов'язань і здійснюється в рамках її службової діяльності.

Потреба доводити походження своїх активів як обов'язок державного службовця впливає з його іншого обов'язку – декларувати свої доходи, майно та зобов'язання майнового характеру, мета якого – виявляти корупційні порушення та запобігати їм. Контроль за вірогідністю поданих відомостей в деклараціях державних службовців виражається через механізм перевірок цих відомостей, де їх можуть примушувати дати пояснення щодо законності значного збільшення їхніх активів. У протилежному разі, сутність зобов'язання посадової особи – декларувати доходи, майно – стає вихолощена та не досягає своєї мети. У зв'язку з цим, обов'язок посадової особи обґрунтувати або доводити значне збільшення свого майна, що перевищує її доходи, здійснюється в межах його зобов'язань, що впливають зі специфіки його публічно-правового статусу та службової діяльності, і не розглядається як доведення своєї невинуватості в межах кримінального судочинства.»

⁴³ Рішення від 25 червня 2014 р. № 35-р, доступно за посиланням <https://bit.ly/2jKLIDF> (російською).

«б. Розслідування будь-якого злочину, в тому числі й незаконного збагачення, регламентовано Кримінально-процесуальним кодексом Киргизької Республіки, згідно з яким доведення – це складова частина кримінального процесу. Будь-які дії органів розслідування мають зважати на принцип презумпції невинуватості, і вони мають здійснювати збирання доказів вини обвинуваченого (підозрюваного) відповідно до порядку, встановленого законом. У цьому сенсі тягар доведення, попри суб'єкт злочину, лежить на органах розслідування, а давання свідчень – це право, а не обов'язок обвинуваченого. У протилежному разі, інше розуміння диспозиції статті 308-1 Кримінального кодексу суперечитиме конституційним установам про презумпцію невинуватості.

Таким чином, положення оспорюваних норм Кримінального кодексу... не суперечать конституційним принципам презумпції невинуватості та рівності всіх перед законом і судом».

У **Молдові**, де визначення злочину незаконного збагачення близьке до формулювання, що міститься в українському Кримінальному кодексі (див. вище), Конституційний Суд також не знайшов порушення принципу презумпції невинуватості.⁴⁴ Суд постановив:

«107. Суд повторює свої висновки, згідно з якими тягар доведення щодо незаконного збагачення покладається, виключно, на державні органи.

108. Таким чином, Суд вважає, що норма ст. [330-2] КК не означає вимогу до державного службовця надавати "обґрунтовані пояснення" походження свого майна у зв'язку зі своїми доходами. Відповідно до зазначених положень, не лише невідповідність між вартістю майна та законно набутим майном має наслідком засудження державного службовця. Текст "було встановлено, виходячи з доказів того, що ці активи не могли бути отримані на законних підставах" вказує на те, що потребується надання додаткових доказів у встановленому законом порядку державними органами, які мають довести незаконний характер майна».

«110. Оспорювані положення не виходять за конституційні рамки та обґрунтовуються інтересами державної безпеки й боротьби з корупцією».

Конституційність кримінального переслідування за незаконне збагачення також оскаржувалась в **Аргентині**. Федеральний кримінальний суд Аргентини визнав обвинуваченого винним у вчиненні злочину незаконного збагачення, передбаченого частиною 2 статті 268 Кримінального кодексу, і призначив йому покарання у вигляді позбавлення волі строком на три роки, а також конфіскації активів, набутих злочинним шляхом. Підсудний стверджував, що законом порушено презумпцію невинуватості, оскільки він виходить з презумпції винуватості державної посадової особи або посередника за «значне збільшення активів», що саме по собі не підлягає кримінальному переслідуванню, і перекладає тягар доказування, караючи за брак обґрунтування.⁴⁵ Верховний суд Аргентини, розглядаючи апеляцію обвинуваченого, послався на рішення нижчих судових інстанцій:

⁴⁴ Конституційний Суд Республіки Молдова. Рішення про відповідність Конституції окремих положень Кримінального кодексу та Кримінально-процесуального кодексу (розширена конфіскація та незаконне збагачення) від 16 квітня 2015 р., скарга № 60а/2014, § 107 і наступні, доступно за посиланням <https://bit.ly/2KaqRVx>.

⁴⁵ Див. Кофеле-Кале. «Боротьба з економічною злочинністю: врівноваження конкурентних прав та інтересів у процесі кримінального переслідування за незаконне збагачення» [Kofele-Kale, Combating Economic Crimes: Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment], 2012, с. 148.

*«Що стосується стверджуваного перекладення тягаря доведення, то нижча судова інстанція дійшла висновку, що, оскільки попереднє виявлення суттєвого збільшення активів віднесено до повноважень відомчого органу та Генеральної прокуратури, можливість надати пояснення за викликом до суду створює гарантію на користь посадової особи; причому відсутність виправдань або його недостатність не означають наявності презумпції винуватості, оскільки вони не оцінюються негативно в сенсі статті 18 Основного закону, яка гарантує не лише право відмовитися від давання показань, а й право на захист у суді, згідно з яким обвинувачений на власний розсуд може доводити чи не доводити законність свого збагачення».*⁴⁶

У 2012-2013 роках Касаційний суд **Франції** розглянув кілька клопотань судів нижчої інстанції до Конституційної ради Французької Республіки щодо конституційності положення про незаконне збагачення, передбаченого Кримінальним кодексом (серед іншого, порушувалися питання чіткості правового регулювання та презумпції невинуватості). Всі клопотання були відхилені як необґрунтовані. Як встановила Конституційна рада, положення Кримінального кодексу про незаконне збагачення чітко й точно визначає, що кримінальна відповідальність виникає за нездатність обґрунтувати наявні кошти й що воно посилює позицію обвинувачення, яке має довести вчинення конкретного кримінального правопорушення, а не становить презумпцію кримінальної відповідальності.⁴⁷

В інших національних юрисдикціях суди пішли далі й дозволили перекладати тягар на обвинуваченого після того, як обвинувачення доведе наявність достатньо серйозних доказів. Це означає, що після доведення обвинуваченням, поза всяким розумним сумнівом, основних елементів злочину незаконного збагачення, тягар доказування може бути покладений на посадову особу, яка має продемонструвати, що її статки отримані з законних джерел. Такого підходу дотримувався Судовий комітет Таємної ради Великої Британії, розглядаючи 1993 року апеляцію з Гонконгу.⁴⁸ Таємна рада розглянула питання про те, чи розділ 10 гонконгського Указу про Білль про права 1991 року порушує презумпцію невинуватості. Суд постановив, що розділ 10 покладає тягар доведення відсутності корупції на обвинуваченого. Але перш ніж тягар буде перекладений на обвинуваченого, сторона обвинувачення має поза всяким розумним сумнівом довести таке: статус державної посадової особи обвинуваченого, його рівень життя протягом періоду, за який йому висунуто звинувачення, його загальний офіційний зарібок за цей період, а також те, що він, за будь-яких обставин, не міг собі дозволити цей рівень життя за свій загальний офіційний зарібок. Суд зауважив, що там, де справа стосується корупції, існує обґрунтована потреба в спеціальних правах проводити розслідування та у вимозі надавати пояснення. Конкретні корупційні діяння за своєю суттю важко виявляти, не кажучи вже про їхнє доказування звичайним способом. Відповідно, розділ 10 був визнаний таким, що узгоджується з конституційною гарантією презумпції невинуватості. Він був продиктований потребою і не вийшов за її межі.⁴⁹

⁴⁶ Там само, с. 151.

⁴⁷ Конституційний Суд Литовської Республіки. Цит. вище Постанова № КТ4-НЗ/2017 про відповідність частини 1 статті 189-1 КК Литовської Республіки Конституції Литовської Республіки від 15 березня 2017 р., § 31.4.

⁴⁸ Генеральний прокурор Гонконгу проти Лі Квонкута [Attorney General of Hong Kong v. Lee Kwong-kut] [1993], А. С. 951. Див. також: Де Спевілл. Перекладення тягаря доведення: чи це сумісно з дотриманням норм у сфері прав людини [De Speville, Reversing the Onus of Proof: Is it Compatible with Respect for Human Rights Norms], доповідь на VIII Міжнародній конференції по боротьбі з корупцією.

⁴⁹ Довідник ООН з практичних заходів боротьби з корупцією для прокурорів і слідчих [United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators], 2004, примітка 33, с. 61, доступно за посиланням <https://bit.ly/2bdNwUv>.

У своїй «Зеленій Книзі» 2006 року Європейська Комісія звернула увагу на «Дослідження законів про докази», в якому продемонстровано, що, тоді як переважна позиція ЄС полягає в покладанні тягаря доказування вини обвинуваченого на сторону обвинувачення, іноді, у виняткових випадках, таких як правопорушення, що підпадають під юрисдикцію регуляторних органів або пов'язані з підробленням документів, після того, як обвинувачення доведе існування обов'язку, на обвинуваченого перекладається тягар доведення того, що він його виконав. Іноді обвинувачені висували заперечення на позов (посилаючись, зокрема, на самозахист, неосудність чи наявність алібі), перш ніж обвинувачення могло спростувати ці заперечення.⁵⁰

(3) ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ У ВИПАДКУ УКРАЇНИ

На підставі наведеної вище судової практики та аналізу формулювання статті 368-2 КК України можна стверджувати, що переслідування за злочин незаконного збагачення в Україні не передбачає будь-якого перекладання тягаря доказування і, таким чином, не порушує презумпцію невинуватості.

Кримінальний кодекс України передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, яке становить «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі» [виокремлено нами]. На відміну від формулювання Конвенції ООН проти корупції («значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи, і які вона не може раціонально обґрунтувати»), стаття 368-2 КК не вимагає від обвинуваченого пояснювати походження своїх доходів чи надавати будь-яке інше підтвердження або інформацію. Це положення стосується доказів, що мають встановлювати відсутність законних джерел для придбання значних активів, які належать державній посадовій особі. Такі докази, за правилами кримінального провадження, має збирати та представляти до суду державне обвинувачення. Стаття 368-2 КК жодним чином не припускає, що обвинувачений несе тягар доведення своєї невинуватості чи спростування аргументів обвинувачення.

Це також підтверджується історією складання статті 368-2 КК: поточну редакцію було введена в жовтні 2014 року. Президент України запропонував відповідний законопроект № 5085,⁵¹ спираючись на попередні проекти законів з цього ж самого питання, а саме: законопроекти №№ 4573 і 4780, що подавалися депутатами Верховної Ради та містили аналогічне формулювання злочину незаконного збагачення. У пояснювальній записці до законопроекту № 4573⁵² містяться такі обґрунтування потреби викласти текст статті в новій редакції:

«Відповідальність за незаконне збагачення є одним з найбільш дієвих засобів протидії корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь, а зосереджена на наявності надмірного майна публічного службовця, яке не можна пояснити

⁵⁰ Комісія європейських спільнот (2006). «Зелена книга» про презумпцію невинуватості [Green Paper on the Presumption of Innocence], COM(2006)174, остаточна редакція, с. 7, доступно за посиланням <https://bit.ly/2rx2NoO>.

⁵¹ Доступно за <https://bit.ly/1vkB1W5>.

⁵² Доступно за <https://bit.ly/2rylir8>.

законними джерелами отримання доходів. Така відповідальність у тій чи іншій формі передбачена в близько 40 державах світу.

Прицьому положення нової редакції статті сформульовано таким чином, щоби було забезпечено додержання права особи на презумпцію невинуватості та права не свідчити проти себе. Згідно з практикою Європейського суду з прав людини, кримінальне право допускає наявність презумпції з питань факту чи права, якщо така презумпція є розумною, пропорційною і може бути спростованою, а також якщо йдеться про важливі суспільні інтереси та забезпечено право особи на захист. [...]

Формулювання злочину незаконного збагачення не передбачає перекладення тягаря доведення на обвинуваченого – орган державного обвинувачення повинен навести докази всіх елементів відповідного складу злочину (суб'єкт злочину – особа, яка виконує функції держави або місцевого самоврядування; набуття у власність чи користування особою певного майна; законні джерела доходів цієї особи, наявність різниці між доходами, отриманим з таких джерел, та майном, яке знаходиться у власності чи користуванні особи, відсутність інших законних джерел, які можуть пояснити таку різницю, тощо)».

Таким чином, у справах, пов'язаних зі злочином незаконного збагачення, основна відповідальність за надання обґрунтованих доказів правопорушення покладена на обвинувача. Державна посадова особа має право пояснити, чи прокурор навів достатньо серйозні докази та зміг продемонструвати, що посадова особа не була в змозі набути активів, використовуючи свої законні джерела доходу. Лише сама державна посадова особа може володіти інформацією, що може доводити протилежне. У цьому разі державна посадова особа краще за всіх зможе пояснити, яким чином були придбані її активи. І було б нерозумно та всупереч інтересам державної посадової особи не надати їй таку можливість. Однак доступна підсудному можливість надати пояснення не знімає зі сторони обвинувачення тягар доказування.

Слід також мати на увазі, що корупція становить серйозний ризик для економічного та соціального добробуту України, а також її національної безпеки (див. вище). Боротьба з корупцією є, таким чином, нагальна суспільна потреба. Отже, існує міцний громадський інтерес у використанні обґрунтованих і домірних правових презумпцій з метою переслідування за корупцію, зокрема у формі незаконного збагачення, за умови, що такі презумпції спростовні та ґрунтуються на очевидних доказах, наданих обвинуваченням.

Таким чином, підхід, якого дотримується український законодавець, відповідає судовій практиці ЄСПЛ (див. рішення в справі Салаб'яку). Він створює рівновагу між інтересом держави до переслідування корупції та правами обвинуваченого, вимагаючи від обвинувача надавати достатньо серйозні докази, що створює презумпцію, яка може бути спростована обвинуваченим. Така презумпція є обґрунтована та домірна, зважаючи на предмет розгляду і на те, що до обвинуваченого не застосовується неналежний примус.

Також важливо, що положення КК застосовуються в щільному зв'язку та згідно з вимогами КПК щодо критеріїв доведеності та збирання доказів. Зокрема, за статтею 7 КПК, кримінальне провадження має відповідати, серед іншого, принципам верховенства права, законності, рівності сторін, презумпції невинуватості, свободі від самовикриття і забороні двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення. До того ж, стаття 8 КПК передбачає, що кримінальне провадження здійснюється з огляду на практику ЄСПЛ та тлумачення ним принципу верховенства права. Стаття 9 КПК встановлює, що під час кримінального провадження суд, прокурор і слідчий зобов'язані додержуватися вимог Конституції України та міжнародних договорів України. Ці та інші гарантії, закріплені в КПК, мають забезпечувати застосування статті 368-2 КК у спосіб, що відповідає конституційним положенням, а також чинним стандартам прав людини.

В. ЗАХИСТ ВІД САМОЗВИНУВАЧЕННЯ

Кримінальне переслідування незаконного збагачення часто оскаржується також із причин порушення права на захист від самообвинувачення. Аналогічно тому, як це спостерігалось і в інших справах, що розглядалися національними та іноземними судами, в конституційному поданні стверджується про порушення статті 63 Конституції України, згідно з якою особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів.

(1) ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Хоча це право прямо не згадується в Конвенції, ЄСПЛ визнав:

«Право мовчати, а також право не свідчити проти себе є загальновизнаними міжнародними нормами, покладеними в основу поняття справедливого судового розгляду за статтею 6. Їхнє логічне обґрунтування полягає, серед іншого, в захисті обвинувачуваного від примусу з боку влади, тим самим сприяючи запобіганню судовим помилкам і досягненню цілей статті 6... Право не свідчити проти себе, зокрема, передбачає, що сторона обвинувачення у кримінальній справі намагається довести свої обвинувачення, не спираючись на докази, отримані методами утиску та гноблення проти волі обвинуваченого. У цьому сенсі це право тісно пов'язане з презумпцією невинуватості, що міститься у пункті 2 статті 6 Конвенції».⁵³

Однак ЄСПЛ визнав, що свобода від самозвинувачення не є абсолютне право і що забороняється лише «неналежний примус». Суд далі встановив чотири критерії для оцінювання того, чи примус був неналежний: характер і ступінь примусу; наявність будь-яких відповідних процесуальних гарантій; спосіб використання будь-яких матеріалів, отриманих таким чином, і важливість громадського інтересу до розслідування.⁵⁴

⁵³ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Сондерс проти Сполученого Королівства» [Saunders v. UK] від 17 грудня 1996 р., заява № 19187/91, § 68.

⁵⁴ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Яллох проти Німеччини» [Jalloh v. Germany] від 11 липня 2006 р., заява № 54810/00. Ці висновки пізніше були закріплені рішенням Європейського суду з прав людини в справі «О'Галлоран і Френсіс проти Сполученого Королівства» [O'Halloran and Francis v. UK] від 29 червня 2007 р., заяви № 15809/02 і № 25624/02.

Наприклад, у справі «О'Галлоран і Френсіс проти Сполученого Королівства» обвинувачених було притягнуто до кримінальної відповідальності за відмову надати документацію, яка б показувала, хто був за кермом таксі в момент вчинення кримінального правопорушення. Суд зокрема зазначив, що ті, хто вирішує володіти та керувати автомобілями, можуть розглядатися як особи, що взяли на себе певні обов'язки та зобов'язання в рамках регуляторного режиму, що стосується автотранспортних засобів, і, в рамках відповідної нормативної бази, ці обов'язки включають до себе зобов'язання в разі підозри у вчиненні дорожньо-транспортних правопорушень інформувати владу про особу водія.⁵⁵

Аналогічно, у справі «Аллен проти Сполученого Королівства»⁵⁶ Суд постановив, що заявник, якого змусили надати декларацію про активи для цілей оподаткування і який був засуджений за давання неправдивих свідчень, не був позбавлений права на справедливий судовий розгляд. Суд зазначив, що право не свідчити проти себе в першу чергу стосується поваги до волі обвинуваченого зберігати мовчання в контексті кримінального провадження та використання примусово отриманої інформації під час кримінального переслідування:

«Це не був приклад примусу до самозвинувачення у злочині, що він вчинив раніше; це був сам злочин. Можливо, заявник збрехав для того, щоб запобігти Управлінню податкових зборів розкрити поведінку, яка могла би бути злочинною та привести до судового переслідування. Однак захист від самозвинувачення не може тлумачитися як надання загальної недоторканності щодо дій, продиктованих бажанням уникнути розслідування з боку податкових органів». Суд також підтвердив, що «не всі заходи, вжиті з метою заохотити осіб до надання владі інформації, що може бути далі використана в кримінальному провадженні, мають розглядатися як неналежний примус».

Інша ситуація, на думку Суду, склалася в справі «Функе проти Франції»,⁵⁷ де проти заявника було порушено кримінальну справу митними органами, які намагалися примусити його дати свідчення про злочини, що він нібито вчинив. Ступінь примусу в цьому випадку був визнаний Судом несумісним зі статтею 6, оскільки він фактично порушував саму суть захисту від самозвинувачення.

Крім того, ЄСПЛ також, загалом, визнав, що суд, якщо це дозволяють фактичні обставини справи, може робити висновки на користь супротивної сторони там, де обвинувачений вирішує зберігати мовчання. У справі Джона Мюррея, Суд визнав за саме собою зрозуміле, що базувати обвинувальний вирок виключно чи здебільшого на мовчанні обвинуваченого, відмові відповідати на запитання чи свідчити проти себе є несумісним з розглядуваними імунітетами.

«З іншого боку, Суд рівною мірою визнає за очевидне, що ці імунітети не можуть і не мають перешкоджати тому, що мовчання обвинуваченого в ситуаціях, які, безсумнівно, потребують від нього пояснень, береться до уваги в оцінці переконливості доказів, представлених стороною обвинувачення... Таким чином, не можна стверджувати, що рішення обвинуваченого мовчати

⁵⁵ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «О'Галлоран і Френсіс проти Сполученого Королівства» від 29 червня 2007 р., заяви № 15809/02 і № 25624/02, § 57.

⁵⁶ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Аллен проти Сполученого Королівства» [Allen v. UK] від 10 вересня 2002 р., заява № 76574/01.

⁵⁷ Європейський суд із прав людини. Рішення в справі «Функе проти Франції» [Funke v. France] від 25 лютого 1993 р., заява № 10828/84.

протягом усього кримінального провадження обов'язково має залишатися без наслідків, коли суд першої інстанції прагне оцінити докази проти нього. Чи порушують статтю 6 висновки, зроблені з мовчання обвинуваченого на користь супротивної сторони, має визначатися з огляду на всі обставини справи, звертаючи особливу увагу на ситуації, в яких здійснюються припущення, на значення, що їм надають національні суди, оцінюючи докази, і на притаманний ситуації ступінь примусу».

У справі Джона Мюррея Суд також навів приклади запобіжних заходів, існування яких дає підстави доходити висновків на користь супротивної сторони з мовчання підсудного: а) якщо обвинуваченого було попереджено про те, що здійснення ним права зберігати мовчання може привести до винесення висновків на користь супротивної сторони; б) проти обвинуваченого висунуті достатньо серйозні докази, що можуть призвести до його засудження, якщо він залишить їх без відповіді; і в) суддя міг на свій розсуд визначати доцільність висновків із мовчання і, в разі їхнього винесення, мав зазначити причини цього.⁵⁸

(2) КОНСТИТУЦІЙНА СУДОВА ПРАКТИКА В ІНШИХ КРАЇНАХ

Конституційний Суд **Литви** визнав необґрунтованим твердження про те, що кримінальне переслідування за незаконне збагачення суперечить конституційній гарантії проти самозвинувачення. Він постановив, що відповідне положення КК:

... не перекладає тягар доведення на особу, підозрювану (звинувачену) в незаконному збагаченні, не змушує таку особу надавати докази проти себе та не порушує принципу презумпції невинуватості, як це встановлено пунктами 1 і 3 статті 31 Конституції».⁵⁹

У **Молдові** Конституційний Суд (у цитованому вище рішенні) встановив, що злочин незаконного збагачення у Кримінальному кодексі Молдови не означає вимогу до державного службовця надавати «обґрунтовані пояснення» походження свого майна у зв'язку зі своїми доходами:

«Відповідно до зазначених положень, не лише невідповідність між вартістю майна та законно набутим майном має наслідком засудження державного службовця. Текст “було встановлено, виходячи з доказів того, що ці активи не могли бути отримані на законних підставах” вказує на те, що потребується надання додаткових доказів у встановленому законом порядку державними органами, які мають довести незаконний характер майна».⁶⁰

⁵⁸ Узагальнено в: Гарріс, О'Бойл і Уорбрік. Практика застосування Європейської конвенції з прав людини [Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention of Human Rights], третє видання, Oxford University Press, с. 423-424.

⁵⁹ Конституційний Суд Литовської Республіки, Постанова № КТ4-НЗ/2017 від 15 березня 2017 р., § 39.3.

⁶⁰ Конституційний Суд Республіки Молдова. Рішення про відповідність Конституції окремих положень Кримінального кодексу та Кримінально-процесуального кодексу (розширена конфіскація та незаконне збагачення) від 16 квітня 2015 р., скарга № 60а/2014, § 108.

(3) ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ЗАХИСТУ ВІД САМОЗВИНУВАЧЕННЯ У ВИПАДКУ УКРАЇНИ

По-перше, стаття 368-2 КК (на відміну від статті 20 КООНПК) не вимагає від обвинуваченого надавати будь-які пояснення і не зобов'язує його в прямій формі надавати будь-яку інформацію. Обвинувачений має право, але не зобов'язаний надавати пояснення щодо походження активів, які обвинувачення вважає за надмірні. Якщо обвинувачений може виправдати себе лише викривши інший злочин, то це становить дилему, що може постати перед ним у зв'язку з будь-яким іншим кримінальним правопорушенням. Положення Кримінального кодексу України як таке не встановлює жодного тягаря доведення у справі чи правил щодо надання доказів, оскільки це регламентується виключно правилами кримінального провадження.

По-друге, навіть якщо кримінальне переслідування за незаконне збагачення, як це передбачене кримінальним законодавством України, здатне позначитися на захисті від самозвинувачення, таке право, як впливає з правової аргументації ЄСПЛ, не є абсолютне і закон не можна абстрактно вважати таким, що порушує цей принцип, лише тому, що він дозволяє (непрямо, як у випадку зі статтею 368-2 КК) доходити висновків із ненадання обвинуваченим пояснень щодо доведеної державним обвинуваченням наявності достатньо серйозних доказів.

Державні посадові особи обізнані про те, що, вступаючи на посаду, вони підпорядковуються особливим вимогам доброчесності та контролю за своєю діяльністю. Обіймаючи відповідальну посаду, державні посадові особи підпадають під дію законодавчих вимог і адміністративних та кримінальних покарань, що застосовуються внаслідок зловживання цією відповідальністю. Крім того, у країнах, де діє усталений режим розкриття інформації про доходи та активи (як у випадку з Україною), також встановлено принцип, згідно з яким державні посадові особи можуть надавати особисту інформацію, що може містити в собі самозвинувачення. За цих обставин, надання суду доказів щодо джерел доходів і активів не вбачається за значний додатковий тягар.⁶¹

До того ж, як зазначав ЄСПЛ у справі Мюррея проти Сполученого Королівства, з мовчання обвинуваченого можна зробити висновки на користь супротивної сторони, коли обставини справи, очевидно, вимагають пояснень від особи, якщо таке мовчання не є основною підставою для визнання обвинуваченого винним. Рівень примусу та громадський інтерес до розслідування корупційних справ виправдовують винесення таких висновків, викликаних відсутністю з боку обвинуваченого пояснень щодо походження його активів у відповідь на пред'явлені обвинуваченням достатньо серйозні докази. Це не означає неналежного примусу, який би позбавляв свободу від самозвинувачення її суті.

Крім того, той факт, що пояснення обвинуваченого в справі про незаконне збагачення можуть привести до його переслідування за будь-яку пов'язану з цим діяльність (наприклад, ухилення від сплати податків) не означає, що такі пояснення як неналежний примус суперечать забороні на самозвинувачення. Як встановив ЄСПЛ у справі «Аллен проти Сполученого Королівства», захист від самозвинувачення не може тлумачитися як надання загальної недоторканності щодо дій, продиктованих бажанням уникнути розслідування.

⁶¹ Світовий банк (Л. Мьюзіла, М. Моралес, М. Матіас, Т. Берґер), там само, с. 33.

Насамкінець, як вже зазначалося вище стосовно презумпції невинуватості, стаття 368-2 КК не здатна змінити процесуальні права та обов'язки обвинувачення та обвинуваченого, регламентовані КПК. КПК однозначно вказує на те, що захищати себе – право, а не обов'язок обвинуваченого; обвинувачений може вирішити дати свідчення або мовчати; жодні дії чи бездіяльність обвинуваченого не звільняють сторону обвинувачення від обов'язку надавати докази існування всіх елементів складу злочину незаконного збагачення будь-яким.

С. ПРИНЦИП СПРАВЕДЛИВОГО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ/РІВНОПРАВНОСТІ СТОРІН

З конституційного подання (петиції) недостатньо зрозуміло, як правопорушення, пов'язане із незаконним збагаченням, впливає на гарантії справедливого судового розгляду, у тому числі на рівноправність сторін, крім аргументів, які вже висунуто щодо презумпції невинуватості та права щодо недопущення самообмови. Враховуючи викладені аргументи, петиція, здебільшого, повторює вже наведені аргументи. Скаргу на те, що правопорушення, пов'язане із незаконним збагаченням, виключає принцип змагальності та скасовує свободу доказування та обґрунтування походження (майна) в суді, не підкріплено аргументами.

Як аргументовано вище, стаття 368-2 КК не передбачає скасування тягара доказування, а також не змушує відповідача вчиняти самообмову (самозвинувачення). Тому це також не впливає на гарантії **справедливого судового розгляду**. Відповідач має право надавати пояснення у відповідь на представлення *prima facie* (достатньо серйозних) доказів, зібраних прокуратурою, які передбачають оскаржувану презумпцію необґрунтованого походження статків. Суд може дійти протилежних висновків через брак такого пояснення, однак такі висновки мають бути пропорційними та обґрунтованими і не можуть бути єдиною підставою для обвинувачення.

Що стосується **принципу рівності сторін**, який є одним із елементів більш ширшої концепції справедливого судового розгляду, та вимагає від кожної сторони забезпечити сприятливу можливість представляти свою справу в умовах, які не створюють суттєвих негативних наслідків по відношенню до опонента, і⁶²ніщо в правопорушенні, пов'язаному із незаконним збагаченням, по суті, не відмовляє відповідачу в будь-яких правових гарантіях, які надано йому відповідно до кримінально-процесуальних норм, у тому числі, право захищати себе, винаймати адвоката тощо. Оскільки тягар доказування не перекладається і залишається за стороною обвинувачення, це жодним чином не шкодить відповідачу. У нього залишається право свідчити та надавати пояснення, які ставлять під сумнів версію обвинувачення. Так само не існує жодної перешкоди для **права на змагальність у суді**, що означає «можливість для сторін у цивільному чи кримінальному судочинстві знати і коментувати всі представлені докази або зауваження, надані з метою впливу на рішення суду».⁶³

⁶² Європейський суд з прав людини, справа Нідерьост-Хубер проти Швейцарії (Nideröst-Huber v. Switzerland), заява № 18990/91, рішення від 18 лютого 1997 року, п. 23.

⁶³ Європейський суд з прав людини, справа Вермулен проти Бельгії (Vermeulen v. Belgium), заява № 19075/91, рішення від 20 лютого 1996 року, п. 33.

Як пояснено вище, немає жодних правових побоювань щодо правопорушення, пов'язаного із незаконним збагаченням, згідно з пунктом 2 статті 6 Європейська конвенція з прав людини (ЄКПЛ) щодо презумпції невинуватості. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) також розглянув питання презумпцій, які застосовуються за межами кримінальної частини пункту 2 статті 6 Конвенції, оскільки презумпція невинуватості також є частиною «загального поняття про справедливий судовий розгляд» у пункті 1 статті 6. У справі «Філіпс проти Великобританії»⁶⁴ ЄСПЛ наголосив, що право на презумпцію невинуватості не є абсолютним, оскільки презумпції факту чи закону діють у кожній кримінально-правовій системі і, по суті, не забороняються Конвенцією, якщо держави залишатимуться в певних межах, беручи до уваги важливість того, що стоїть на порядку денному, і збереження прав на захист. У справі, про яку йде мова, ЄСПЛ розглянув правові норми, що вимагають від національних судів (під час засудження відповідача за правопорушення, пов'язаного із незаконним обігом наркотиків) вважати, що будь-яке майно, яке, вочевидь, у будь-який момент мав відповідач з моменту обвинувачення, отримано як оплату або винагороду у зв'язку з незаконною торгівлею наркотиками. На додаток до цього, також є припущення, що будь-які витрати, понесені відповідачем за той же період часу, сплачено за рахунок доходів від торгівлі наркотиками. ЄСПЛ зауважив, що, хоча таке припущення є обов'язковим у випадку, коли суд, який виносить вирок, оцінює, чи мав місце дохід, та в якому розмірі відповідач його отримав в результаті незаконної торгівлі наркотиками, у такій схемі у відповідача наявні правові гарантії, оскільки передбачене законом припущення спростовується у тому разі, якщо заявник доведе з великою вірогідністю той факт, що майно було придбане не за рахунок торгівлі наркотиками. Крім того, національні суди мають право не застосовувати таке припущення, якщо це серйозно зашкодить правосуддю.⁶⁵

D. ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ

У пункті 1 статті 8 Конституції України встановлено конституційний принцип верховенства права. Загальновизнано, що принцип передбачає такі норми правового регулювання як правова визначеність, чіткість та передбачуваність. Як зазначила Венеціанська комісія у своєму Мірилі правовладдя, закон слід формулювати з достатньою точністю та чіткістю, з тим щоб дозволити суб'єктам права регулювати свою поведінку відповідно до нього; ці вимоги є надзвичайно важливими в кримінальному законодавстві.⁶⁶ Що стосується кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, то можливі сумніви щодо її відповідності принципу законності, зокрема, пов'язані з тим, що за визначенням про незаконне збагачення немає чіткого зв'язку між надмірними статками та злочинною діяльністю (корупція, розкрадання, крадіжка тощо).⁶⁷ Відтак в конституційному поданні стверджується, в статті 368-2 Кримінального кодексу (КК) порушено принцип законності, тобто зазначається, що диспозиція цієї статті є нечіткою і неоднозначною, оскільки вона не містить чіткого та зрозумілого визначення щодо підстав набуття активів, і нечітко визначає докази, необхідні для встановлення законності набутих у власність активів.

⁶⁴ Європейський суд з прав людини, справа Філіпс проти Великої Британії (Philips v. UK), заява № 41087/98, рішення від 12 грудня 2001 року.

⁶⁵ Європейський суд з прав людини, справа Філіпс проти Великої Британії (Philips v. UK), заява № 41087/98, рішення від 12 грудня 2001 року, п. 45.

⁶⁶ Мірило правовладдя, ухвалено Венеціанською комісією на своєму 106-му пленарному засіданні, CDL-AD (2016) 007-e (Венеція, 11-12 березня 2016 року), пункти 58, 59, доступ за посиланням: <https://bit.ly/2KaPQle>.

⁶⁷ U4 (V. Maud-Perdriel). Накопичення необґрунтованих статків державними службовцями: Стягнення за правопорушення, пов'язане з незаконним збагаченням, січень 2012 року.

У зв'язку з цим, як впливає з міжнародного, а також національного правового регулювання різних країн, визначення про незаконне збагачення містить кілька загальних відмінних елементів, одним з яких є відсутність обґрунтування факту зростання статків (активів).⁶⁸ Як передбачено не лише статтею 20 Конвенції ООН проти корупції, статтею IX Міжамериканської конвенції проти корупції, а й статтею 8 Конвенції Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею, цей елемент має важливе значення для визначення факту незаконного збагачення, і його розуміють так само як і «зростання у значних розмірах статків (активів) державного службовця, яке він не може обґрунтовано пояснити [стосовно його законного доходу]», тобто без будь-яких посилань на конкретні підстави для такого зростання або на докази, необхідні для доведення законності його отримання. Що стосується Конвенції ООН проти корупції, то це зауваження також підкріплюється Додатковими матеріалами Конвенції⁶⁹: під час переговорів щодо статті 20 Конвенції елемент відсутності обґрунтування не викликав жодних сумнівів щодо його законності (чіткості та передбачуваності).

(1) СУДОВА ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У практиці Європейського суду з прав людини принцип законності формується через тлумачення та застосування статті 7 ЄКПЛ, згідно з якою *«нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом»*. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення».

Отже, у статті 7 заборонено зворотне (ретроактивне) застосування кримінального законодавства на шкоду обвинуваченого, а також встановлено основний принцип *«nullum crimen sine lege»* (немає злочину без закону, в якому його передбачено), що означає, що лише закон може визначати злочин і призначити за нього покарання, і що кримінальний закон не слід тлумачити, здебільшого, на шкоду обвинуваченому, наприклад, за аналогією.⁷⁰

Відтак, будучи суттєвим елементом верховенства права, принцип законності, який гарантовано статтею 7, вимагає не лише наявності правової основи (тобто юридичного положення, яке є чинним та дає можливість карати за певне діяння) для винесення вироку або покарання, але також вимагає, щоб правопорушення та покарання за відповідне правопорушення (у тому числі його обсяг) були чітко визначені законом («закон» означає як писаний, так і неписаний закон, у тому числі судова практика (прецедент) та підзаконні нормативно-правові акти).

⁶⁸ Світовий банк (Музіла Л., Моралес М., Матіас М., Бергер Т.), там же, п. хііі.

⁶⁹ Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Corruption (Додаткові матеріали переговорів щодо розробки Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції), доступ за посиланням: <https://bit.ly/2laalUV>.

⁷⁰ Європейський суд з прав людини, справа Йоргік проти Німеччини (Jorgic v. Germany), заява № 74613/01, рішення від 12 липня 2007 року, п. 100.

Відповідно до статті 7 принцип законності характеризує закон з якісними вимогами в частині доступності та передбачуваності.⁷¹ Критерій доступності вимагає від органів державної влади доводити доступність для обвинуваченого конкретного правового положення, а також інформації про відповідну судову практику в контексті їх оприлюднення відповідно до встановлених правовими нормами процедур.

Критерій передбачуваності закону вимагає чіткості такого закону. Що стосується визначення про правопорушення, то ЄСПЛ ще раз наголосив, що ця вимога задовольняється тоді, коли обвинувачений може зрозуміти з формулювання відповідного положення кримінального законодавства «які саме дії та бездіяльність матимуть для нього наслідки кримінальної відповідальності»,⁷² або якщо це стає йому або їй відомо «після отримання відповідної юридичної консультації»⁷³.

Керуючись судовою практикою ЄСПЛ, варто також взяти до уваги, що формулювання правових положень, по суті, є абстрактним (тобто не завжди точним), і тому саме роль судів полягає в застосуванні та тлумаченні закону у передбачуваний та збалансований спосіб, а в деяких випадках навіть інколи забезпечувати «послідовне роз'яснення норм кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення в кожному конкретному випадку за умови, що обставини узгоджені із суттю правопорушення та їх можна обґрунтовано передбачити».⁷⁴ На думку ЄСПЛ, достатню чіткість закону можна забезпечити, зокрема, шляхом послідовного судового тлумачення кримінальних положень:

*«водночас лише чітко сформульоване правове положення може бути неминучим елементом судового тлумачення. Завжди буде потреба в уточненні сумнівних моментів та адаптації до мінливих обставин. Дійсно, в державах-членах Конвенції прогресивний розвиток кримінального права через судову законотворчість є добре закріпленою та необхідною частиною правової традиції. Статтю 7 Конвенції не можна розглядати як заборону послідовного роз'яснення норм кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення в кожному конкретному випадку за умови, що обставини, які впливають з цього, відповідають суті правопорушення, та їх можна обґрунтовано передбачити».*⁷⁵

У своєму рішенні у справі Дель Ріо Прада проти Іспанії (Del Rio Prada v. Spain) Велика палата Європейського суду з прав людини також зауважила, що нормативно-правові акти мають характер загального застосування, а не точного. На думку Європейського суду з прав людини, «загальна категоризація на відміну від вичерпних переліків» – це метод, який, зазвичай, використовується під час підготовки законів, тому:

⁷¹ Див. зокрема, Європейський суд з прав людини, справа С.В. проти Сполученого Королівства (S.W. v. the United Kingdom), заява № 20166/92, рішення від 22 листопада 1995 року, пункти 34-35; Європейський суд з прав людини, справа К.Р. проти Об'єднаного Королівства (C.R. v. the United Kingdom), рішення від 22 листопада 1995 року, пункти 32-33; Європейський суд з прав людини, справа Стрелець, Кесслер та Кренц проти Німеччини (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany) [Велика палата], заява № 34044/96, № 35532/97 і № 44801/98, рішення від 22 березня 2001 року, пункт 50.

⁷² Європейський суд з прав людини, справа Коккінакіс проти Греції (Kokkinakis v. Greece), заява № 14307/88, рішення від 25 травня 1993 року, п. 52; Європейський суд з прав людини, справа Йоргік проти Німеччини (Jorgic v. Germany), там же; Європейський суд з прав людини, справа Кантоні проти Франції (Cantoni v. France), заява № 17862/91, рішення від 11 листопада 1996 р., п. 29; Європейський суд з прав людини, справа Кафкаріс проти Кіпру (Kafkaris v. Cyprus) [Велика палата], заява № 21906/04, рішення від 12 лютого 2008 року, п. 140.

⁷³ Європейський суд з прав людини, справа Дель Ріо Прада проти Іспанії (Del Rio Prada v. Spain) [Велика палата], заява № 42750/09, рішення від 21 жовтня 2013 року, пункт 79; Європейський суд з прав людини, справа Йоргік проти Німеччини, там же, пункт 113.

⁷⁴ Європейський суд з прав людини, справа С.В. проти Сполученого Королівства (S.W. v. the United Kingdom), там же, пункт 36.

⁷⁵ Європейський суд з прав людини, справа Коккінакіс проти Греції, там же, пункт 101.

«чимало законів неминуче формулюються термінами, які, більшою чи меншою мірою, є розпливчатими, а тлумачення та застосування яких є питанням практики [...], хоча визначеність у цьому сенсі є надзвичайно бажаною, це може призвести в подальшому до надмірної закоренілості, а закон повинен мати змогу не відставати від мінливих обставин [...]. Роль судового розгляду та винесення рішень в судах полягає саме в тому, щоб позбутися таких інтерпретаційних сумнівів, за їх наявності».⁷⁶

Суд також пояснив роль судового розгляду та винесення рішень для розсіювання решти інтерпретаційних сумнівів. Він наголосив на важливості цього, додаючи, що:

«брак доступного та обґрунтованого передбачуваного судового тлумачення може навіть призвести до визнання факту порушення права обвинуваченого, що передбачено статтею 7. У противному випадку завдання та мету цього положення – а саме те, що ніхто не повинен піддаватися свавільному переслідуванню, засудженню або покаранню – буде нівельовано».⁷⁷

ЄСПЛ визнає, що кримінальне право не може передбачати усі можливі випадки, і що рівень точності, який вимагається національним законодавством, значною мірою залежить також від «змісту відповідного документа, сфери охоплення і кількості, а також статусу тих, кому воно адресується».⁷⁸ Відтак, поріг передбачуваності, значною мірою, залежить від статусу обвинуваченого, тобто вимагає нижчого порогового рівня щодо осіб, які здійснюють професійну діяльність та мають бути максимально пильними під час здійснення професійної діяльності. У зв'язку з цим, під час оцінки ризиків, пов'язаних із такою діяльністю, можна очікувати особливої уваги.⁷⁹

Відтак, відповідно до статті 7 ЄКПЛ та відповідної практики Європейського суду з прав людини принцип законності, зокрема, вимагає чіткого закріплення правопорушення в законі. Вимога щодо передбачуваності задовольняється, якщо обвинувачений, якщо треба за допомогою адвоката, може дізнатися з формулювання відповідного положення, за які діяння та яку саме бездіяльність він нестиме кримінальну відповідальність. Проте незалежно від того, наскільки чітко сформульовано правове положення, неминучий елемент судового тлумачення має існувати в усіх галузях права, у тому числі в кримінальному праві. Роль судового розгляду та винесення рішень в судах полягає саме в тому, щоб позбутися решти інтерпретаційних сумнівів». Поріг передбачуваності залежить, зокрема, від статусу обвинуваченого.

⁷⁶ Див. Європейський суд з прав людини, справа Дель Ріо Прада проти Іспанії [Велика палата], там же, пункти 81, 82; див. також Європейський суд з прав людини, справа Кафкаріс проти Кіпру [Велика палата], там же, пункт 141.

⁷⁷ Такий висновок стосовно складових елементів правопорушення також зроблено у справах Європейського суду з прав людини, Пессіно проти Франції (Pessino v. France), заява № 40403/02, рішення від 10 жовтня 2006 року, пункти 35-36; Європейський суд з прав людини, Драготніу та Мілітару-Підгорні проти Румунії (Dragotoni and Militaru-Pidhorni v. Romania), заява № 77193/01 і № 77196/01, рішення від 24 травня 2007 року, пункти 43-44.

⁷⁸ Європейський суд з прав людини, справа Джіліан та Кінтон проти Сполученого Королівства (Gillian and Quinton v. UK), заява № 4158/05, рішення від 12 січня 2010 року, п. 77.

⁷⁹ Європейський суд з прав людини, справа Кантоні проти Франції (Cantoni v. France), там же, пункт 35; Європейський суд з прав людини, справа Пессіно проти Франції (Pessino v. France), там же, пункт 33; Європейський суд з прав людини, справа Кононов проти Латвії (Kononov v. Latvia) [Велика палата], заява № 36376/04, рішення від 24 липня 2008 року, п. 235.

(2) ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ІНОЗЕМНИМИ ЮРИСДИКЦІЯМИ

Питання відповідності визначення щодо незаконного збагачення принципу законності, зокрема щодо його чіткості та передбачуваності, було розглянуто низкою іноземних юрисдикцій. Основний аргумент у поданнях, якими оперували в конституційних судах, полягав у тому, що кримінальна відповідальність за незаконне збагачення встановлюється без чіткого поняття забороненої поведінки як основи правопорушення.

У **Литві** Конституційний Суд у своєму рішенні від 15 березня 2017 року⁸⁰ проаналізував питання стосовно чіткості та передбачуваності визначення (поняття) щодо незаконного збагачення, зокрема в тому контексті, чи були чіткі та передбачувані положення Кримінального кодексу Литовської Республіки щодо того, які саме дії, пов'язані з набуттям майна у власність у значних розмірах, вважати такими, що підлягають покаранню. Ті, хто звертався із поданням до Конституційного суду Литовської Республіки, стверджували, що визначення законного доходу є винятковою та незрозумілою правовою нормою, за якою неможливо збагнути способи незаконного збагачення. Іншими словами, підкреслено, що ця правова норма є суперечлива, нечітка, неоднозначна і, відповідно, перешкоджає формулюванню звинувачення у спосіб, щоб сторона захисту могла зрозуміти точні фактичні та юридичні підстави для ефективного оскарження обвинувачення.

У своєму рішенні Конституційний Суд нагадав, що принцип верховенства права має ефект тоді, коли тлумачення здійснюється у відповідності до Конституції Литовської Республіки. Конституційний Суд підкреслив, що конституційний принцип держави в частині верховенства права є надто широким і містить широкий спектр різних взаємопов'язаних вимог. Крім того, цього принципу варто дотримуватися як у процесі прийняття законів, так і під час реалізації законів.

Як впливає з офіційного тлумачення Конституції, зробленого Конституційним Судом, елементи принципу законності – ясності та передбачуваності – віднесено до конституційного принципу держави, заснованого на верховенстві права, та містять вимоги до правової норми стосовно ясності, зрозумілості та послідовності, у тому числі достатньої точності юридичних формулювань, узгодженості та внутрішньої гармонії правових положень.⁸¹ У зв'язку з цим Конституційний Суд також наголосив, що пункт 2 статті 31 Конституції та конституційний принцип держави, заснований на верховенстві права, породжують право особи на здійснення належного правосуддя, а також наголосують на тому, що останнє конституційне право тягне за собою кримінальне провадження. Крім того, Конституційний Суд пояснив зміст оскаржуваного положення Кримінального кодексу Литовської Республіки, зокрема суть фрази «володіє на праві власності», а також об'єкт незаконного збагачення.

На цьому тлі правову норму, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, вважають достатньо чіткою: на думку Конституційного суду Литовської Республіки, законний дохід є доходом, який одержано від діяльності, яка не заборонена законодавчими актами, навіть, якщо такий дохід не був належним чином врахований відповідно до процедури, яка встановлена законодавчими

⁸⁰ Конституційний Суд Литовської Республіки, рішення щодо відповідності пункту 1 статті 189-1 КК Литовської Республіки Конституції Литовської Республіки, 15 березня 2017 року, № КТ4-Н3/2017.

⁸¹ Там же, пункт 31.4.

актами. Отже, особу можна притягнути до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, якщо її майно не могло бути придбано у законний спосіб, а саме після перевірки всіх можливих способів набуття майна у власність було доведено, що особа не могла отримати таку суму доходу від діяльності, яка не заборонена нормативно-правовими актами та була б достатньою для придбання такого майна. Після такого уточнення такого визначення щодо незаконного збагачення Суд дійшов висновку про відсутність підстав стверджувати, що правова норма порушує принцип законності.

У **Молдові** Конституційний Суд у своєму рішенні від 16 березня 2015 року також ⁸²розглянув конституційність зазначеного положення щодо його відповідності конституційному принципу, пов'язаного з принципом законності.

Аргументація Конституційного Суду Молдови обґрунтовувалася, з одного боку, виключною конституційною прерогативою Парламенту щодо прийняття законів, оскільки, на думку Суду, *«криміналізація дій у кримінальних законах, встановлення покарань за їх вчинення, а також інші нормативно-правові акти, які базуються на обґрунтуванні кримінальної політики»*.⁸³ З іншого боку, Конституційний Суд наголосив, що всі закони, у тому числі кримінальні закони, повинні відповідати певним конституційним принципам та стандартам. Передусім правова норма завжди має узгоджуватися із принципом верховенства права, який у кримінальних справах «породжує впевненість у принципах законності щодо правопорушень та покарань».⁸⁴ По-друге, кримінальна норма має бути «сформульована зрозуміло, стисло і чітко».⁸⁵ По-третє, кримінальний закон має бути доступним, і Суд наголосив на конституційному праві людей «знати свої права та обов'язки».⁸⁶

Конституційний Суд посилив ці аргументи, підкресливши презумпцію законного придбання майна та звернувши увагу той факт, що тягар доказування фактів незаконного збагачення варто перекласти виключно на державні органи влади.⁸⁷ Відтак статтю 302 (2) КК не можна тлумачити як таку, що вимагає від державного службовця «обґрунтованого пояснення» походження його майна через призму його доходів; водночас Суд зазначив, що «текст» складено на підставі доказів того, що ці активи не могли бути одержані на законних підставах», та вказує на необхідність надання додаткових доказів, наданих у встановленому законом порядку державними органами, які мають довести незаконний характер володіння таким майном».⁸⁸ Тому пункт 2 статті 302 КК вимагає не лише наявності чітких доказів незаконного збагачення (чіткі докази неможливості одержання активів у законний спосіб), але також вимагає надання таких доказів державними органами відповідно до встановлених законом процедур.

Зрештою, Конституційний Суд Молдови зауважив про те, що в тексті пункту 2 статті 302 КК є певні неузгодженості, що може призвести до певних недоліків у процесі реалізації зазначеного положення, та вирішив звернутися до Парламенту з цього приводу для усунення цих неузгодженостей. Що стосується застосування принципу верховенства права та принципу законності у вищенаведеній

⁸² Конституційний суд Республіки Молдови, рішення про конституційний перегляд деяких положень Кримінального кодексу та Кримінально-процесуального кодексу (розширення меж конфіскації та незаконне збагачення), скарга № 60а/2014, 16 квітня 2015 року.

⁸³ Там же, пункти 85-87 та 91.

⁸⁴ Там же, пункти 88-89 та 95.

⁸⁵ Там же, пункт 91.

⁸⁶ Там же, пункт 92.

⁸⁷ Там же, пункт 107.

⁸⁸ Там же, пункт 108.

справі, Конституційний Суд дійшов висновку, що правове положення КК, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, не виходить за їхні межі. На думку Суду, таке правове положення, певною мірою, обґрунтовано інтересами державної безпеки та боротьби з корупцією.

У **Франції** Касаційний суд Франції у низці випадків відмовився звертатися до Конституційної ради Французької Республіки щодо конституційності норми про незаконне збагачення, яке регулюється статтею 321-6 КК. Це пов'язано із зверненнями судів нижчої інстанції, які ставили під сумнів чіткість правової норми та відповідність зазначених положень Кримінального кодексу принципу презумпції невинуватості. У своєму рішенні від 26 вересня 2012 року⁸⁹ Касаційний суд відхилив клопотання про передачу справи Конституційній раді як необґрунтоване, виходячи з того, що норма незаконного збагачення, як передбачено в Кримінальному кодексі, чітко і зрозуміло визначає, що така відповідальність настає у разі нездатності обґрунтувати джерело походження коштів, а також те, що це є особливим кримінальним правопорушенням, докази щодо якого забезпечуються прокурором, а не презумпцією кримінальної відповідальності. У цьому сенсі варто зазначити, що визначення стосовно незаконного збагачення, яке передбачене Кримінальним кодексом Французької Республіки, можна вважати ще більш складним у порівнянні з відповідними положеннями Кримінальних кодексів України, Литовської Республіки та Республіки Молдова. На додаток до неспроможності обґрунтування походження доходів у контексті стилю життя обвинуваченого або походження активів, кримінальне правопорушення вимагає встановлення факту підтримання щоденних контактів з кривдником або жертвою злочинів (стаття 321-6). Проте сумніви щодо відповідності зазначеної правової норми принципу законності було відхилено.

У **Аргентині** Національна палата кримінальних апеляцій та Верховна суд⁹⁰ також відхилили сумніви стосовно відповідності визначення щодо незаконного збагачення принципу законності. Злочин, пов'язаний із незаконним збагаченням, вважали таким, що вносить достатню ясність, та склад якого формується за рахунок значного та необґрунтованого збагачення після вступу на державну службу.⁹¹

У **Киргизькій Республіці** Конституційна палата Верховного суду у своєму рішенні від 25 червня 2014 року⁹² визнала узгодженість із Конституцією визначення щодо незаконного збагачення, згідно з яким значне зростання статків державного службовця, які перевищують його або її законні доходи, карається за умови неможливості обґрунтування їхнього походження. Аргументація Суду ґрунтувалася на особливому статусі державних службовців, які, відповідно до закону, зобов'язані подати декларацію про свої доходи та активи до відповідних державних установ, що є інструментом боротьби з корупційними правопорушеннями. Відтак, всі державні службовці знають про механізм перевірки даних, які наведено в таких деклараціях, з метою встановлення їхньої законності. Суд зазначив, що державного службовця можна притягнути до кримінальної відповідальності лише в тих випадках, коли він або вона не можуть обґрунтувати значне зростання їхніх статків, а саме коли він або вона не виконує обов'язок правдиво декларувати свої доходи та активи.

⁸⁹ Рішення від 26 вересня 2012 року Касаційного суду Франції. Наведене в пункті 31.4 Рішення Конституційного суду Литовської Республіки про відповідність пункту 1 статті 189-1 КК Литовської Республіки Конституції Литовської Республіки, 15 березня 2017 року, № КТ4-НЗ/2017.

⁹⁰ Марія Дж. Альсогарай (Maria J. Alsogaray). Національний суд кримінальних апеляцій (Cámara Nacional de Casación Penal), 9 червня 2005 року, та Верховний суд Аргентини (Corte Suprema de Justicia de la Nación), 22 грудня 2008 року.

⁹¹ Світовий банк (Музіла Л., Моралес М., Матіас М., Бергер Т.), там же, с. 33.

⁹² Рішення від 25 червня 2014 року № 35-р, доступ за адресою: <https://bit.ly/2jKLIDF> (російською мовою).

З наведеної Судом аргументації випливає, що зазначене визначення щодо незаконного збагачення є достатньо чітким, маючи на увазі, що під *corpus delicti* розуміють державного службовця, який є особливим суб'єктом злочину та знає про необхідність декларування та обґрунтування його або її доходів чи активів. Крім того, Суд зазначив, що визначення щодо незаконного збагачення є результатом виконання міжнародних зобов'язань, що випливають з Конвенції ООН проти корупції.

(3) ЗАСТОСУВАННЯ СТАНДАРТІВ ЗАКОННОСТІ В УКРАЇНСЬКІЙ СПРАВІ

Аналізуючи судову практику закордонних конституційних судів та ЄСПЛ, такі аргументи є доцільними в оцінці українського законодавства, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення:

По-перше, можна стверджувати, що згаданий елемент незаконного збагачення – зростання статків у значних розмірах, законність яких не підтверджено доказами – досить чітко впливає з суті пункту 1 статті 368-2 КК. Керуючись аргументацією Конституційного суду Литовської Республіки, під законним доходом розуміють дохід, отриманий від діяльності, яку не заборонено законом. Отже, положення пункту 1 статті 368-2 КК можна тлумачити як притягнення до кримінальної відповідальності лише тоді, коли доведено, що зростання активів у значному розмірі не могло бути у законний спосіб, тобто після перевірки всіх можливих способів придбання активів доведено, що обвинувачений не міг отримати значну суму доходу від своєї діяльності, яка не заборонена законом.

По-друге, пункт 1 статті 368-2 КК складено таким чином, щоб обвинувачуваний, за потреби за допомогою адвоката, мав можливість дізнатися його суть, а також розмежовувати законний дохід від незаконного, визначати діяльність, яку заборонено законом, та розуміти, які докази можна застосовувати для підтвердження законності чи незаконності походження доходу.

Крім того, варто також враховувати особливий статус обвинуваченого – статус особи, яка зобов'язана виконувати функції держави чи органу місцевого самоврядування (державний службовець). Як впливає зі встановленої практики ЄСПЛ, поріг передбачуваності кримінального законодавства може бути нижчим для професіоналів, які мають бути максимально пильними під час здійснення професійної діяльності. Отже, саме таку норму слід застосовувати до державних службовців, які знають про високі стандарти доброчесності та повинні керуватися ними під час перебування на посаді, а також зобов'язані декларувати та обґрунтовувати свої доходи відповідно до процедур, встановлених національним законодавством.

Нарешті, при оцінці Статті 368-2 КК слід враховувати принцип обґрунтованості: не слід необґрунтовано очікувати, що законодавець запропонує єдине точне визначення або вичерпний перелік всіх способів отримання доходу у законний або незаконний спосіб. У випадках, коли можуть виникати деякі законодавчі неузгодженості чи протиріччя, головний обов'язок судової влади полягає у їх вирішенні шляхом послідовного та передбачуваного судового тлумачення та застосування кримінального законодавства. Відповідно до встановленої практики ЄСПЛ це є неминучим елементом ролі судового розгляду та вирішення справ в судах.

Для підтвердження відповідності пункту 1 статті 368-2 КК Конституції передбачено два додаткових аргументи: Керуючись практикою інших конституційних судів, криміналізація незаконного збагачення та його визначення впливають із виконання міжнародних зобов'язань, у тому числі тих, що впливають з Конвенції ООН проти корупції, які можна вважати сумісними з Конституцією, у тому числі принципи верховенства права, громадського порядку, а також відповідні конституційно виправдані цілі боротьби з корупцією. Крім того, також варто оцінити конституційність оскаржуваного положення Кримінального кодексу щодо принципу законності з урахуванням того факту, що тягар доказування кримінального правопорушення щодо незаконного збагачення несуть державні органи. Вони зобов'язані надати чіткі докази того, що активи були придбані у незаконний спосіб, тобто перевірити можливі способи придбання активів.

Відтак, можна зробити висновок про відсутність підстав стверджувати, що ст. 368-2 КК не є достатньо чіткою або те, що в цьому сенсі вона порушує принцип законності. Цей висновок підкріплюється стандартами законності, сформульованими Європейським судом з прав людини та судовою практикою закордонних конституційних судів.

Е. ЗАБОРОНА ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ОДНЕ Й ТЕ САМЕ ДІЯННЯ (NON BIS IN IDEM)

У пункті 1 статті 61 Конституції України забороняється притягати до відповідальності за одне й те саме правопорушення (*non bis in idem*), один із загальних принципів права та невід'ємний елемент верховенства права, який встановлює те, що можна застосувати не більше однієї санкції кримінального характеру за одне і те саме правопорушення.

У конституційному поданні висловлюється думка про те, що стаття 368-2 КК несумісна з принципом *non bis in idem*, оскільки вона, можливо, встановлює «повторну відповідальність за діяння, яке стало джерелом такого збагачення». Керуючись аргументом, викладеним у конституційному поданні, незаконне збагачення можна розглядати як результат окремого злочину, вчиненого державним службовцем, за який також можна притягати до відповідальності; отже, стаття 368-2 КК, ймовірно, дозволяє двічі притягнути до кримінальної відповідальності за те саме діяння (за незаконні дії, які лежать в основі набуття у власність активів у значному розмірі та придбання активів на цій підставі).

(1) СУДОВА ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Принцип *non bis in idem* викладено у пункті 1 статті 4 під назвою «Право не бути притягненим до суду або покараним двічі» Протоколу № 7 до ЄКПЛ: «*Нікого не може бути вдруге притягнуто до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави*». Отже, положення застосовується щодо кримінального провадження та забороняє повторне притягнення до кримінальної відповідальності або покарання

за те саме правопорушення. Принцип *non bis in idem*, здебільшого, стосується здійснення правосуддя, яке є об'єктом статті 6 (право на справедливий суд) ЄКПЛ; він спрямований на запобігання несправедливому судочинству щодо особи, яка підлягає кримінальному переслідуванню або покаранню двічі за ту саму кримінальну поведінку.

При розкритті принципу *non bis in idem* важливо визначити кримінальне провадження на тлі ЄКПЛ. Як впливає зі встановленої практики Суду, є три критерії, відомі як «критерії Енгеля»⁹³, які слід враховувати при встановленні того, чи є «кримінальне обвинувачення» відповідно до статті 6 ЄКПЛ: правова класифікація правопорушення відповідно до національного законодавства; сама природа правопорушення; а також ступінь суворості покарання, яке можна застосувати до особи.⁹⁴ Другий та третій критерії є альтернативними і не обов'язково застосовуватися у сукупності, однак, не виключає застосування кумулятивного підходу, коли окремих аналіз кожного критерію не дозволяє зробити однозначний висновок про існування кримінального обвинувачення.⁹⁵ У зв'язку з цим варто зауважити, що при застосуванні цих критеріїв ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що провадження, пов'язане з певними податковими нарахуваннями, слід розглядати, по суті, як кримінальне провадження в контексті статті 4 Протоколу № 7 до Конвенції.⁹⁶

У розумінні принципу *non bis in idem* важливе значення має визначення *bis* або дублювання провадження, для якого ключовим елементом є остаточне рішення: принцип *non bis in idem* застосовується лише після того, як особу була остаточно виправдана або звинувачена відповідно до законодавства та кримінальної процедури відповідної держави.⁹⁷ У справі Сергій Золотухін проти Росії Велика палата ЄСПЛ підтвердила мету статті 4 Протоколу 7 про заборону повторного кримінального провадження, щодо якого було ухвалено «остаточне» рішення. Європейський суд з прав людини також пояснив, що керуючись його судовою практикою рішення стає остаточним після набуття ним чинності (*res judicata*), тобто коли воно стає незворотним, а інші стандартні засоби правового захисту стають недоступними, або коли сторони вичерпали такі засоби правового захисту або допустили спливи терміну дії без зиску для себе.⁹⁸

Іншим важливим елементом принципу *non bis in idem* є *idem*, що означає «одне і те саме правопорушення»: друге правопорушення можна вважати таким же, як і перше, якщо вони обидва виливаються з ідентичних або, по суті, тих самих фактів. Відтак у справі Сергій Золотухін проти Росії Велика палата ЄСПЛ зауважила, що стаття 4 Протоколу № 7 забороняє «переслідування або судовий розгляд другого «правопорушення», оскільки воно виникає з ідентичних фактів чи фактів, які, по суті, є такими ж». ⁹⁹

⁹³ Див. Європейський суд з прав людини, справа Енгель та інші проти Нідерландів (*Engel and Others v. the Netherlands*), заяви №№ 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 і 5370/72, рішення від 8 червня 1976 року, п. 82.

⁹⁴ Європейський суд з прав людини, інформаційний бюлетень, *Non bis in idem*: Право не бути притягненим до суду або покаранням двічі, квітень 2018 рік, доступ за посиланням: <https://bit.ly/2jKNI4f>.

⁹⁵ Див. також Європейський суд з прав людини, справа Сергій Золотухін проти Росії [Велика палата], заява № 14939/03, рішення від 10 лютого 2009 року, п. 53.

⁹⁶ Наприклад, Європейський суд з прав людини, Яношевич проти Швеції (*Janosevic v. Sweden*), заява № 34619/97, рішення від 23 липня 2002 року, пункти 68-71; Європейський суд з прав людини, Вестберга Таксі Актиєнболаг і Вулік проти Швеції (*Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*), заява № 36985/97, рішення від 23 липня 2002 року, пункти 79-82; Європейський суд з прав людини, справа Манассон проти Швеції (*Manasson v Sweden*)(вид.), заява № 41265/98, рішення від 8 квітня 2003 року; Європейський суд з прав людини, Лакі Дев проти Швеції (*Lucky Dev v Sweden*), заява № 7356/10, рішення від 27 листопада 2014 року, пункт 51.

⁹⁷ Європейський суд з прав людини, інформаційний бюлетень – *Non bis in idem*: Право не бути притягненим до суду або покаранням двічі, там же.

⁹⁸ Європейський суд з прав людини, Сергій Золотухін проти Росії [Велика палата], там же, § 107.

⁹⁹ Там же, пункт 82.

Останнє є так званим гармонізованим підходом, який прийнято після розгляду різних підходів, на які спиралися в минулому.¹⁰⁰

Отже, принцип *non bis in idem* не виключає можливості застосування додаткового покарання за те саме правопорушення, що доповнює кримінальне обвинувачення:¹⁰¹ держави мають право законодавчо відреагувати на соціально агресивну поведінку (наприклад, несплата або ухилення від сплати податків) за допомогою різних процедур, що формують цілісне та пов'язане рішення для вирішення різних аспектів соціальної проблеми, за умови, що акумульовані правові реакції не будуть надмірним навантаженням на задіяну особу.¹⁰²

Крім того, принцип *non bis in idem* не виключає можливості паралельного або подвійного провадження щодо тієї самої поведінки (у тому числі у разі несплати або ухилення від сплати податків) за умови виконання певних умов. Держава має переконливо продемонструвати, що подвійні (повторні) провадження, про які йде мова, тісно пов'язані по суті та в часі: цілі досягаються, а засоби, що використовуються для їх досягнення, мають, по суті, доповнювати один одного і пов'язуватися в часі, а також те, що можливі наслідки організації правового режиму відповідної поведінки мають бути пропорційним та передбачуваним для задіяних осіб.¹⁰³

У зв'язку з цим у справі А і Б проти Норвегії Велика палата ЄСПЛ представила такі можливі суттєві фактори для визначення того, чи існує досить тісний зв'язок, по суті, між паралельними провадженнями: додаткові цілі, які досягаються та розглядаються різними провадженнями як *in abstracto*, так і *in concreto* (залучення різних аспектів соціального проступку); передбачуваність як у законі, так і на практиці подвійності проваджень *idem*; взаємодія між різними компетентними органами, з тим щоб уникнути дублювання в зборі та оцінці доказів; і, найважливіше, існування компенсаційного механізму, спрямованого на те, щоб загальна сума всіх накладених штрафів була пропорційною». ¹⁰⁴ На думку Великої палати ЄСПЛ, зв'язок між паралельними провадженнями у часі завжди має існувати навіть у тому випадку, коли зв'язок за суттю є доволі міцним.¹⁰⁵ Велика палата ЄСПЛ також зауважила, що це зовсім не означає, що два провадження повинні проводитися одночасно від початку і до кінця, однак, «чим слабше зв'язок у часі, тим більше тягар відповідальності покладається на державу, що необхідно для пояснення та виправдання будь-якої затримки, яка може бути пов'язана з проведенням проваджень». ¹⁰⁶ Зрештою, визначення про те, чи аналогічно розслідуються та аналізуються правопорушення в різних провадженнях (*idem*), залежить від оцінки на основі фактів, а не від формальної оцінки, яка полягає у порівнянні лише суттєвих елементів правопорушень.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Там же, пункт 70-77.

¹⁰¹ Європейський суд з прав людини, інформаційний бюлетень – *Non bis in idem*: Право не бути притягненим до суду або покараним двічі, там же.

¹⁰² Європейський суд з прав людини, справа А та Б проти Норвегії (*A and B v Norway*) [Велика палата], заява №№ 24130/11 та 29758/11, рішення від 15 листопада 2016 року, п. 121.

¹⁰³ Там же, пункти 123, 130. Заявники в цій справі стверджували, що їх переслідували та покарали двічі у зв'язку з тим самим податковим правопорушенням. Через незадекларовані податкові операції, що призвели до неспланих податків у значних розмірах, заявникам висунули обвинувачення з позбавленням волі за податкове шахрайство та з накладанням відповідних податкових штрафів.

¹⁰⁴ Там же, пункт 132.

¹⁰⁵ Там же, пункт 134.

¹⁰⁶ Там же. Див. також Європейський суд з прав людини, справа Йоханнссон та інші проти Ісландії (*Johannesson and Others v Iceland*), заява № 22007/11, рішення від 18 травня 2017 року, пункти 51, 54.

¹⁰⁷ Європейський суд з прав людини, справа Сергій Золотухін проти Росії [Велика палата], там же, пункт 84; Європейський суд з прав людини, справа А та Б проти Норвегії [Велика палата], там же, пункт 108.

Отже, відповідно до статті 4 Протоколу № 7 ЄСПЛ, принцип *non bis in idem* забороняє подвійне кримінальне провадження або подвійне покарання за один і той самий злочин; ця заборона також поширюється на адміністративні провадження та покарання (у тому числі за порушення податкового законодавства), коли через характер правопорушення або ступеня тяжкості покарання вони можуть призвести до кримінальних проваджень та санкцій. Однак ця заборона повинна застосовуватися лише за умови виконання певних умов: *bis* – якщо вже є остаточне рішення, за яким особа остаточно виправдана або засуджена за вчинення правопорушення; *idem* – коли правопорушення, за яке настає відповідальність, є таким самим, як і попереднє, тобто вона виникає з ідентичних або, по суті, з тих самих фактів і не відрізняється за ступенем тяжкості, наслідками, злочинним наміром або ціллю. Отже, принцип *non bis in idem* не виключає можливості паралельних або повторних проваджень щодо такої ж поведінки за умови, що вони мають достатньо тісний зв'язок за суттю та в часі, переслідують додаткові цілі та є передбачуваними. У будь-якому випадку визначення про те, чи є правопорушення аналогічними, є питанням конкретної справи, оскільки це залежить від оцінки на основі фактів, а не лише від формальної оцінки; правоохоронним та судовим органам дозволяється вживати належних заходів для уникнення дублювання судових проваджень щодо одного й того самого правопорушення.

(2) ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ІНОЗЕМНИМИ ЮРИСДИКЦІЯМИ

На відміну від питань про тягар доказування, принцип законності або презумпцію невинуватості, питання відповідності визначення щодо незаконного збагачення принципу *non bis in idem* порушено перед дуже малою кількістю конституційних судів; одним з таких характерних прикладів є справа, яку розглядав Конституційний Суд Литовської Республіки та виніс відповідне рішення від 15 березня 2017 року.¹⁰⁸ Тоді особи, які зверталися з поданням, стверджували, що спосіб криміналізації незаконного збагачення створює передумови для порушення принципу *non bis in idem* у випадках, коли особа, яка придбаває одне й те саме майно та не сплачує податки за таке майно, підлягає не лише кримінальній відповідальності, а й стягненню штрафу відповідно до Закону про оподаткування. Оскільки штрафи, накладені відповідно до Закону Литовської Республіки про оподаткування, мають кримінальний характер, ці штрафи не можна застосовувати разом із кримінальною відповідальністю за те саме незаконне діяння. Таким чином, особи, які зверталися із поданням, визнали, що питання повторного покарання може виникнути не у всіх випадках, а лише тоді, коли питання зростання статків у значному розмірі також може спричинити відповідальність у зв'язку із порушенням податкового законодавства.

У своєму рішенні Конституційний Суд нагадав про зміст принципу *non bis in idem* і дійшов висновку, що згідно з вищенаведеним конституційним принципом заборона двічі карати за одне і те саме незаконне діяння означає не лише заборону притягати двічі до кримінальної відповідальності за одне і те ж діяння, але також подавати клопотання для притягнення до кримінальної відповідальності за теж саме незаконне діяння, на додаток до вже застосованої адміністративної відповідальності.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Конституційний Суд Литовської Республіки, рішення щодо відповідності пункту 1 статті 189-1 КК Литовської Республіки Конституції Литовської Республіки, 15 березня 2017 року, № КТ4-Н3/2017.

¹⁰⁹ Там же, пункт 26.5

Конституційний Суд також розглянув питання про застосування оскаржуваного положення Кримінального кодексу в контексті Закону про оподаткування. Враховуючи загальну правову норму, Конституційний Суд дійшов висновку, що кримінальне правопорушення щодо незаконного збагачення не обов'язково зумовлює ще одне покарання за вже каране правопорушення податкового законодавства. Тому визначення незаконного збагачення per se не означає ідентичність з порушенням податкового законодавства; з іншого боку, якщо на практиці виникає ситуація, коли за те саме діяння, пов'язане із незаконним збагаченням, особа вперше притягається до адміністративної відповідальності, то обов'язком правоохоронних та судових органів є уникнення порушення принципу non bis in idem шляхом скасування адміністративного стягнення.

Оцінюючи конституційність кримінального правопорушення в частині незаконного збагачення за принципом non bis in idem Конституційний Суд підкреслив, що

«факт (чи є ідентичність незаконного збагачення та порушення податкового законодавства) можна визначити лише в ході розгляду конкретних кримінальних справ та справ про порушення податкового законодавства. Отже, таке визначення є питанням застосування закону».

Суд також нагадав, що питання, які стосуються застосування нормативно-правових актів, повинні вирішуватися звичайними судами або установами, які мають повноваження застосовувати нормативно-правові акти. Це означає, що визначення щодо незаконного збагачення, як це передбачено в Кримінальному кодексі Литовської Республіки, само по собі не є проблематичним щодо принципу non bis in idem; всі ситуації, в яких може виникнути проблема подвійного покарання, варто вирішувати на практиці (прецедентне право) з належною увагою до та відповідно до принципу non bis in idem.

(3) ЗАСТОСУВАННЯ СТАНДАРТІВ NON BIS IN IDEM В УКРАЇНСЬКІЙ СПРАВІ

Як вже зазначалося, характерний елемент правопорушення, встановленого пунктом 1 статті 368-2 КК, полягає у відсутності обґрунтування факту зростання активів у значному розмірі. Як вже згадувалося, однією з головних ідей криміналізації незаконного збагачення є усунення вимоги доводити зв'язок між діями державного службовця та ймовірними вигодами, отриманими в обмін на певну дію. Це означає, що брак доказів в частині обґрунтованого зростання активів є достатньою умовою для притягнення до кримінальної відповідальності. Corpus delicti (склад правопорушення) щодо незаконного збагачення сформульовано навмисно, а, отже, є окремим і відмінним від інших кримінальних дій, передбачених Кримінальним кодексом.

На підставі аналізу зарубіжної практики та судової практики ЄСПЛ даються такі аргументи, що підтверджують позицію, згідно з якою кримінальне правопорушення щодо незаконного збагачення узгоджується із принципом non bis in idem:

По-перше, кримінальне переслідування за фактом незаконного збагачення не вимагає одночасного переслідування за предикатним злочином, а, отже, для кримінальної відповідальності, що настає в межах останнього положення, для цього вимагається лише брак

обґрунтування факту зростання активів у значному розмірі, а не вчинення обвинуваченим інших конкретних злочинів або правопорушень.

Крім того, ще не встановлено наявності елементу *idem* (наявності тих самих правопорушень), навіть у випадках, коли незаконне збагачення безпосередньо пов'язане з іншими конкретними злочинами (наприклад, зростання активів у значному розмірі є результатом інших злочинних дій). Як вже згадувалося, елемент *idem* є тоді, коли обидва правопорушення виникають з ідентичних або, по суті, тих самих фактів і не відрізняються з точки зору їх тяжкості та наслідків, соціальної цінності, яка захищається, а також злочинного наміру та цілі. Незаконне збагачення, в основі якого зростання активів у значному розмірі, яке не можна обґрунтувати, та інші злочинні дії, які можуть бути причиною незаконного збагачення (наприклад, хабарництво, незаконна торгівля під примусом, зловживання владою тощо), виникають на підставі значно відмінних від ідентичних або, по суті, тих самих фактів; вони відрізняються різними елементами *corpus delicti*, у тому числі тяжкістю і наслідками.

Крім того, в конституційному поданні не розглядається питання паралельних проваджень, яке не виключено з принципу *non bis in idem*. Як вже зазначалося, повторні або паралельні провадження, у тому числі адміністративні та кримінальні, дозволяються, якщо вони, достатньою мірою, пов'язані за суттю та в часі, є передбачуваними та доповнюють інші цілі.

Нарешті, принцип *non bis in idem*, здебільшого, стосується належного процесу та спрямований на запобігання несправедливому судочинству щодо особи, яка підлягає кримінальному переслідуванню чи покаранню двічі за таку ж саму кримінальну поведінку. По суті, це не є законом, який суперечить зазначеному принципу, а застосування закону на практиці, яке теоретично може йому суперечити. Проте таким конфліктам легко запобігти в кожному конкретному випадку: визначення про те, чи є правопорушення таким самим, насамперед залежить від конкретної справи й оцінки з урахуванням фактів; відповідно до закону правоохоронні та судові органи зобов'язані уникати дублювання проваджень щодо одного й того самого правопорушення. Конституційне подання не містить аргументів протилежного.

Г. ПРИНЦИП ВІДСУТНОСТІ ЗВОРотної СИЛИ

Конституційний принцип верховенства права, закріплений в Конституції України, передбачає принцип законності, згідно з яким «закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи» і «Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення». Венеціанська комісія в Мірилі правовладдя підкреслила важливість принципів *nullum crimen sine lege* та *nulla poena sine lege* (нема покарання без закону, який передбачає його) в кримінальному законі, вказуючи на те, що норма про те, що людей слід завчасно попереджати про наслідки їхньої поведінки, означає передбачуваність і незворотну дію, зокрема кримінального законодавства.¹¹⁰

¹¹⁰ Мірило правовладдя, ухвалено Венеціанською комісією на своєму 106-му пленарному засіданні, CDL-AD (2016) 007-е (Венеція, 11-12 березня 2016 року), пункт 62.

У конституційному поданні зазначено, що, можливо, пункт 1 статті 368-2 КК порушує принцип законності в контексті відсутності незворотної сили закону, тому кримінальне правопорушення можна застосувати до правовідносин, які існували до прийняття цього положення. З огляду на надану аргументацію момент придбання активів у власність варто відрізнити від моменту, коли є або виникають обставини для такого придбання. Це може негативно вплинути на можливості довести правомірність підстав для набуття активів у власність у значному розмірі щодо тих, хто їх вже придбав, перш ніж була запроваджена кримінальна відповідальність за незаконне збагачення, оскільки на момент набуття у власність активів вони не могли знати, що такі докази їм знадобляться в майбутньому.

(1) СУДОВА ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Відповідно до встановленої практики Європейського суду з прав людини принцип відсутності зворотної сили забороняє зворотне (ретроактивне) застосування законодавчих положень до правопорушень, вчинених до набрання чинності таких положень. Розширення обсягу поточних правопорушень на діяння, які раніше не вважалися кримінальними, суперечить статті 7 ЄКПЛ.¹¹¹ Проте порушенням статті 7 не визнається ситуація, коли у певний час за відповідні дії вже понесено покарання відповідно до Кримінального кодексу, навіть якщо покарання понесено відповідно до інших положень Кримінального кодексу¹¹² або якщо за ці дії понесено покарання як обтяжуючі обставини, окрім самостійного правопорушення¹¹³.

У справі Гогітідзе та інші проти Грузії (*Gogitidze and Others v. Georgia*)¹¹⁴ ЄСПЛ відхилив аргументи заявників стосовно заявленого порушення заборони на зворотне застосування закону щодо застосування законодавчих поправок (спрямованих на посилення зусиль щодо боротьби зі злочинністю, зокрема щодо економічних правопорушень та тих, які скоюються на державній службі), внесених Парламентом Грузії 13 лютого 2004 року. Заявники стверджували, що одна з цих поправок, що стосувалася Кримінально-процесуального кодексу й Адміністративно-процесуального кодексу та врегульовувала механізм позбавлення незаконно набутого у власність майна, стало підставою для конфіскації їхнього майна, яке було визнано як незаконно отримане в період з 1994 року по травень 2004 року. Органи державної влади встановили, що цей період співпадав з тим періодом, коли один з заявників займав високі посади на державній службі, але, беручи до уваги отримувану ним заробітну плату, цього було недостатньо для придбання майна ним самим, його двома синами та його братом.¹¹⁵

Щодо аргументу заявників про довільність розширення меж зворотного механізму конфіскації майна, яке вони придбали до набуття чинності поправок, внесених 13 лютого 2004 року до Кримінально-процесуального кодексу та Адміністративно-процесуального кодексу, Суд зауважив, що «ця поправка

¹¹¹ Див. Європейський суд з прав людини, Посібник зі статті 7 Європейської конвенції з прав людини. Жодного покарання без закону: принцип, за яким лише закон може визначати злочин і призначати покарання, оновлена версія від 31 грудня 2017 р., доступ за адресою: <https://bit.ly/2luXQXq>.

¹¹² Див. зокрема, Європейський суд з прав людини, справа Веебер проти Естонії (*Veeber v. Estonia*), заява № 45771/99, рішення від 21 січня 2003 року, пункти 33-35, 39; Європейський суд з прав людини, справа Корбели проти Угорщини (*Korbely v. Hungary*) [Велика палата], заява № 9174/02, рішення від 19 вересня 2008 року, пункти 72-73.

¹¹³ Див. Європейський суд з прав людини, справа Оулд Дах проти Франції (*Ould Dah v. France*), заява № 13113/03, рішення від 30 березня 2009 року.

¹¹⁴ Європейський суд з прав людини, справа Гогітідзе та інші проти Грузії, заява № 36862/05, рішення від 12 травня 2015 року.

¹¹⁵ Там же, пункти 8-11.

не була першим законодавчим документом країни, який вимагав від державних службовців нести відповідальність за нез'ясоване походження їх статків».¹¹⁶ Наголошено, що в інших попередніх законах розглянуто питання, як-от корупційні правопорушення, а також

«обов'язок державних службовців декларувати та обґрунтовувати походження їхнього майна та майна їхнього близького оточення, з урахуванням можливої кримінальної, адміністративної або дисциплінарної відповідальності, точний характер якої має бути врегульовано окремими законами, які регламентують порушення цих антикорупційних вимог». [...] поправка від 13 лютого 2004 року лише врегулювала фінансові аспекти поточних антикорупційних правових норм».

ЄСПЛ дійшов висновку, що відповідно до встановленої судової практики вимогу щодо «законності», яку передбачено статтею 1 Протоколу № 1 ЄКПЛ (право на захист власності), зазвичай, не можна тлумачити «як перешкодження законодавчому органу в контролювати використання майна або іншим чином втручатися в матеріальні права через застосування нових ретроспективних положень, які регулюють фактичні та триваючі ситуації або регулюють по-іншому правові відносини».¹¹⁷ Тому він визнав конфіскацію майна в наведеному прикладі правомірним та таким, що відповідає стандартам законності, встановленим ЄКПЛ.

Незаконнезбагачення можна, за певних обставин, охарактеризувати як продовжане правопорушення (інша назва «триваюче правопорушення»): правопорушення, пов'язане із незаконним збагаченням, часто є результатом багаторазового, а не єдиного акту одержання активів (їхніх складових частин), які пов'язані з тим же умислом та триваючі протягом певного періоду часу. На думку ЄСПЛ, у зв'язку з триваючими правопорушеннями, під якими розуміють вид злочину, який триває (вчиняється) протягом певного періоду часу, обвинувачення за новими кримінальними положеннями, навіть для дій, вчинених до набуття чинності цих положень, не може спричинити зворотне застосування кримінального законодавства на шкоду обвинуваченому. Керуючись порівняльним опитуванням Європейський суд з прав людини визначив, що держав-членів Ради Європи можна поділити на три різні групи: (а) тридцять держав-членів, де в законодавстві закріплено поняття щодо триваючого кримінального правопорушення, у тому числі Україна; (б) чотирнадцять держав-членів, де концепцію триваючого кримінального правопорушення було сформовано завдяки правовій теорії та практиці; і (в) три держави-члени, які не повідомляють про існування в законі або в правовій теорії поняття щодо триваючого кримінального правопорушення, як це розуміється в даному випадку.¹¹⁸ ЄСПЛ дійшов висновку, що існує широкий консенсус, що впливає з довгої європейської традиції щодо особливостей триваючого кримінального правопорушення, яка включає як об'єктивні (*actus reus*), так і суб'єктивні (*mens rea*) елементи, котрі свідчать про юридичну єдність цих пов'язаних актів:

*«(а) кривдник вчиняє низку ідентичних, подібних або відмінних злочинних діянь проти того самого правового інтересу (*Rechtsgut, bien juridique, bene giuridico*); крім того, часто вимагається, щоб в кожному випадку особистості кривдника і потерпілого були однаковими;*

¹¹⁶ Там же, пункт 99.

¹¹⁷ Там же.

¹¹⁸ Європейський суд з прав людини, справа Роглена проти Чехії (*Rohlena v. the Czech Republic*), заява № 59552/08, рішення від 27 січня 2015 року, п. 32.

(б) є принаймні подібність у способі виконання окремих актів (*modus operandi*) або є інші істотні обставини, які їх поєднують та складають єдине ціле (*actus reus*);

(в) існує тимчасовий зв'язок між різними окремими діями, які варто оцінювати за конкретних обставин у кожному конкретному випадку;

(г) існує однаковий, повторний злочинний намір або злочинна мета (*mens rea*) для всіх окремих актів, хоча вони не всі повинні бути запланованими *ab initio*;

(г) окремі дії явно або неявно включають складові елементи кримінального правопорушення (нб)». ¹¹⁹

ЄСПЛ також встановив, що між державами-членами Ради Європи є угода, в якій закладено принцип, за яким закон, який діє на момент припинення триваючого злочинного діяння, застосовується до фактів, що мали місце до набрання ним чинності, за умови, що ці факти відповідають умовам нового закону, а в більшості країн також і попереднього закону. Це також стосується більшості держав-членів, коли новий закон є більш суворим, оскільки припускається, що кривдник за мовчазною згодою погодився на суворіше покарання, продовжуючи свою незаконну поведінку після внесення змін до закону.

Таким чином, ЄСПЛ дійшов висновку, що концепція триваючого кримінального правопорушення надає злочинцю дві переваги:

(а) йому або їй виносять лише єдиний вирок замість сукупного, послідовного або паралельного вироку за серію правопорушень;

(б) існує вимога про те, щоб складові елементи правопорушення, які визначено новим законом (за його наявності) формувалися з моменту появи кримінальної поведінки, тобто також щодо фактів, що мали місце до набрання чинності нового закону. ¹²⁰

У справі Роглена проти Чеської Республіки ЄСПЛ підтримав рішення національних судів, які виносили вирок заявнику, з обвинуваченням у вчиненні правопорушення – насильство щодо особи, яка проживає спільно, відповідно до статті 215а КК Чеської Республіки, яка набрала чинності з 1 червня 2004 року, і застосували це положення до насильства, вчиненого заявником проти своєї дружини до цієї дати, тобто за те, що він, щонайменше, протягом 2000-2006 років неодноразово фізично та психічно знущався над своєю дружиною у стані алкогольного сп'яніння (завдяки чому його дружина зазнала серйозних травм, через що вона була змушена звертатися за медичною допомогою у 2000, 2003 та 2006 роках). ¹²¹

Висновок ЄСПЛ підкріплено такими висновками по суті справи. ¹²² По-перше, загальнонаціональні загальні суди, у тому числі Верховний Суд Чеської Республіки, ретельно дослідили національне

¹¹⁹ Там же, пункт 33.

¹²⁰ Там же, пункт 37.

¹²¹ Європейський суд з прав людини, справа Роглена проти Чехії, там же, 58.

¹²² Там же, пункти 57-73.

законодавство, зокрема визначення щодо триваючого правопорушення, і правильно застосували його, враховуючи фактичні обставин справи. По-друге, національні суди чітко визначили, що ще до набрання чинності нового правового положення поведінка заявника передбачала кримінальну відповідальність за іншими статтями Кримінального кодексу.¹²³ Тому нове положення Кримінального кодексу, яке набуло чинності 1 червня 2004 року, було застосовано також і до попередніх нападів.

По-третє, національні суди встановили, що концепцію триваючого кримінального правопорушення, яка сформована завдяки судовій практиці, внесено до Кримінального кодексу в 1994 році, тобто до першого кримінального діяння заявника, якого було обвинувачено. Відповідно до цього положення, тривалість кримінального правопорушення, яке складається з окремих діянь, поєднаних однією і тією ж метою, які становлять одне й те ж правопорушення, і пов'язані між собою тим фактом, що виконуються однаковими або подібними способами, трапляються у тісному зв'язку за часом та переслідуючи одну і ту саму мету. Останнє слід оцінювати згідно з чинними нормами на момент завершення скоєння останнього правопорушення за умови, що діяння, вчинені в межах будь-якого попереднього закону, також будуть підлягати покаранню відповідно до ще більш раннього закону. По-п'яте, така позиція обґрунтована в контексті її відповідності національній Конституції, тобто була переглянута Конституційним судом Чеської Республіки.

ЄСПЛ дійшов висновку, що закон та практика національних судів є послідовними та передбачуваними, як це передбачено статтею 7 ЄКПЛ. Він також дійшов тих самих висновків щодо покарання, яке було накладено на заявника.¹²⁴ Зрештою ЄСПЛ підтвердив, що факт притягнення заявника до відповідальності також на підставі згаданого положення стосовно діянь, скоєних до цієї дати, не є зворотнім застосуванням ще більш суворішого кримінального закону, як це забороняє ЄКПЛ. Він також дійшов висновку, що це узгоджується із принципом законності: правопорушення, у якому заявника звинувачували, не мало підстав у відповідному національному законі на момент його вчинення; цей закон визначив правопорушення досить чітко, задовольняючи якісну вимогу передбачуваності, що впливає із самостійного значення поняття права.

Отже, відповідно до статті 7 ЄКПЛ принцип відсутності зворотної сили кримінального закону забороняє зворотне застосування кримінального законодавства на шкоду обвинуваченому; ця заборона поширюється як на положення, що визначають правопорушення, так і на ті, що визначають покарання. Принцип відсутності зворотної сили забороняє зворотне застосування законодавчих положень до правопорушень, вчинених до набрання чинності таких положень, тобто розширення обсягу поточних правопорушень на дії, які раніше не вважалися кримінальними, суперечить статті 7 ЄКПЛ.

¹²³ У статті 215а КК запроваджено кримінальну відповідальність за насильство щодо «особи, яка проживає спільно», яка застосовується до «кожного, хто скоював насильство щодо близької людини чи іншої особи, яка проживає спільно», і за обтяжуючих обставин, коли: а) діяння є надмірно жорстокими або вчинені проти кількох осіб, або (б) ця поведінка тривала протягом довгого періоду часу та набрала чинності 1 червня 2004 року. За насильство, яке скоєно до цієї дати, заявник поніс покарання відповідно до інших положень КК: ті, хто встановили кримінальну відповідальність для «особи, яка погрозувала вбити іншу особу або заподіяти йому або їй тілесні ушкодження чи іншу серйозну шкоду способом, внаслідок чого є всі підстави для побоювання» (стаття 197а) або ті, хто встановили кримінальну відповідальність за напад з наміром заподіяти тілесні ушкодження за обтяжуючих обставин тоді, коли, крім інших чинників, кривдник завдав серйозних тілесних ушкоджень потерпілому, або коли поведінка кривдника призвела до смерті (пункт 1 статті 221).

¹²⁴ Європейський суд з прав людини, справа Роглена проти Чехії, там же, пункти 65-69.

Проте, не визнається порушенням статті 7 ситуація, коли у певний час за відповідні дії вже понесено покарання відповідно до Кримінального кодексу, навіть якщо покарання понесено відповідно до інших положень. Також немає порушення статті 7 ЄКПЛ щодо принципу відсутності зворотної сили у випадках триваючих правопорушень: триваючим кримінальним правопорушенням вважається єдине діяння; його правова класифікація у кримінальному праві оцінюється відповідно до чинного законодавства на момент завершення вчинення останнього правопорушення. Тому нові кримінальні положення можна також застосовувати до діянь, вчинених до набрання чинності цих положень, які є складовою частиною триваючого правопорушення, якщо національне законодавство, що встановлює кримінальну відповідальність за таке правопорушення (діяння, які лежать в його основі), є чітким і передбачуваним. Відтак, останнє можна застосувати до незаконного збагачення, яке, в деяких випадках, можна охарактеризувати як триваюче правопорушення.

(2) ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ІНОЗЕМНИМИ ЮРИСДИКЦІЯМИ

Питання відповідності визначення щодо незаконного збагачення принципу відсутності зворотної сили також порушували конституційні суди Литовської Республіки та Республіки Молдова.

У **Литві** особи, які зверталися з поданням, заявляли перед Конституційним судом, що оскаржувана правова норма може потенційно порушувати заборону щодо відсутності зворотної сили закону, оскільки застосування кримінального правопорушення щодо незаконного збагачення пов'язано лише з володінням майном, про яке йде мова після набуття чинності закону, а не з моменту його придбання, яке могло мати місце до набрання чинності останнього положення.

Конституційний суд Литовської Республіки підкреслив, що принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* є фундаментальним конституційним принципом і впливає з конституційного принципу держави, яка дотримується верховенства права, тобто жодну особу не можна покарати за діяння, яке не підлягало покаранню за законом у момент його вчинення. Суд підкреслив, що конституційний принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* буде знехтувано, якщо в кримінальних законах передбачатиметься наявність у них зворотної сили щодо злочинів, визначених виключно на підставі національного законодавства. По-друге, надалі Конституційний Суд тлумачив оскаржуване кримінальне положення шляхом систематичного аналізу в контексті відповідної правової норми, встановленої Кримінальним кодексом та Законом про внесення змін до Кримінального кодексу, а саме правових положень, які визначали умови виконання, дійсності та набрання чинності обумовлених положень щодо незаконного збагачення. Відтак, Конституційний Суд дійшов висновку, що обговорювані положення Кримінального кодексу та Закону про внесення змін до Кримінального кодексу слід розуміти виключно в тому сенсі, що вони застосовуються лише до активів, про які йдеться у кримінальному положенні про незаконне збагачення, які були придбані не раніше, ніж на дату набрання ним чинності. Тому нікого не можна притягнути до кримінальної відповідальності за цим положенням, якщо вони незаконно придбали активи до набрання чинності зазначеного положення, навіть якщо вони володіли такими активами після цієї дати.

З огляду на останній висновок Конституційний Суд визнав відповідність оскаржуваної правової норми принципу відсутності зворотної сили.¹²⁵

Також у **Молдові** Конституційний Суд оцінив конституційність зазначеного положення щодо його відповідності конституційному принципу верховенства права, зокрема, принципу законності, який тлумачиться через принцип відсутності зворотної сили.¹²⁶

Як встановлено у цій справі, крім правопорушення щодо незаконного збагачення та кримінальної відповідальності за це правопорушення, Кримінальний кодекс передбачає, що стосовно осіб, засуджених за злочини, які, зокрема, охоплюють незаконне збагачення, таке покарання стосується розширення меж для конфіскації майна, придбаного засудженим протягом 5 років до і після вчинення злочину, до винесення рішення, якщо вартість цього майна суттєво перевищує дохід, який був законно отриманий відповідною особою. Тому особи, які звернулися із поданням, стверджували, що стосовно запровадження розширеної конфіскації останнє положення суперечить принципу відсутності зворотної сили, оскільки, дозволяючи конфіскацію майна, придбаного за 5 років до і після вчинення злочину, це, нібито, дає суду можливість конфіскувати активи, отримані до вчинення злочину.¹²⁷

Оцінюючи цей аргумент, Конституційний Суд наголосив, що принцип відсутності зворотної сили чітко закріплено в Конституції Республіки Молдова, згідно з якою «ніхто не може бути засуджений за дії чи бездіяльність, які не становили правопорушення на час їх вчинення». Останній принцип, у разі його застосування у кримінальному законодавстві, розуміють як загальний принцип *lex retro non agit* (згідно з яким закон не може мати зворотної дії), а також принцип *lex mitior* (згідно з яким менш сувора кримінальна норма має бути застосована у разі внесення змін до закону стосовно такого правопорушення). Останні принципи також закріплено в Кримінальному кодексі Республіки Молдова, а також підкріплено практикою Конституційного Суду.

Відтак аргументація Конституційного суду щодо застосування кримінальної відповідальності за незаконне збагачення була витлумачена у світлі принципу відсутності зворотної сили. Суд не знайшов невідповідності міри розширеної конфіскації вимогам Конституції. На думку Конституційного Суду, можливість конфіскації майна, придбаного впродовж п'яти років до і після вчинення злочину, спрямована на усунення зловживань та розбіжностей у тлумаченні при визначенні диспропорції між придбаними активами та незаконними доходами. Проте, враховуючи конституційний принцип відсутності зворотної сили, Конституційний суд дійшов висновку, що положення щодо незаконного збагачення не можна зворотно (ретроактивно) застосовувати до майна, придбаного до набрання чинності цих положень.¹²⁸

¹²⁵ Конституційний Суд Литовської Республіки, рішення щодо відповідності пункту 1 статті 189-1 КК Литовської Республіки Конституції Литовської Республіки, 15 березня 2017 року, № КТ4-НЗ/2017, пункт 41.3.

¹²⁶ Конституційний суд Республіки Молдови, рішення про конституційний перегляд деяких положень Кримінального кодексу та Кримінально-процесуального кодексу (розширення меж конфіскації та незаконне збагачення), скарга № 60а/2014, 16 квітня 2015 року.

¹²⁷ Там же, пункт 28.

¹²⁸ Там же, пункт 109.

(3) ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ВІДСУТНОСТІ ЗВОРотної СИЛИ В УКРАЇНСЬКІЙ СПРАВІ

Що стосується принципу відсутності зворотної сили, то відповідний елемент правопорушення щодо незаконного збагачення, передбаченого пунктом 1 статті 368-2 КК України є набуття активів у власність (у значному розмірі), зокрема час, коли воно вважається вчиненим.

Аналізуючи судову практику закордонних конституційних судів та ЄСПЛ, такі аргументи є доцільними в оцінці українського законодавства, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення стосовно його узгодженості з принципом відсутності зворотної сили:

По-перше, пункт 1 статті 368-2 КК слід тлумачити в контексті інших положень Кримінального кодексу, що визначають загальні правила застосування кримінального законодавства в часі. Відповідно до пункту 2 статті 4 КК, злочинність та можливість покарання діяння визначається законом про кримінальну відповідальність, що набув чинності на момент вчинення діяння; відповідно до пункту 2 статті 5 КК закон, який передбачає кримінальну відповідальність за вчинення або накладає суворішу кримінальну відповідальність, не може бути зворотним у часі. Беручи до уваги ці та інші відповідні положення, немає підстав стверджувати, що визначення щодо незаконного збагачення передбачає його зворотне застосування. Навпаки, на тлі загальної норми КК припускається, що положення щодо набуття активів у власність у значному розмірі має бути застосовано після набуття чинності пункту 1 статті 368-2. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення застосовується саме до діянь, пов'язаних із набуттям активів у власність, а не до обставин, що призвели до набуття цих активів у власність (як зазначено у конституційному поданні).

По-друге, відповідність оскаржуваного положення принципу відсутності зворотної сили також можна підтвердити кваліфікацією кримінального правопорушення щодо незаконного збагачення як продовжуваного (триваючого) злочину в контексті статті 32 КК, згідно з якою під продовжуваним злочином розуміють злочин, що складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром. Отже, правопорушення, пов'язане із незаконним збагаченням, є результатом багаторазового, а не одноразового набуття активів у власність (їх складових частин), що пов'язано із злочинним наміром та триває певний проміжок часу. З огляду на це кримінальна відповідальність за незаконне збагачення може настати за фактом набуття активів у власність у значному розмірі після дати набуття чинності статті 368-2 ЦК, навіть якщо одне чи кілька діянь з набуття частки активів у власність вчинено до цієї дати. У контексті відповідної практики Європейського суду з прав людини це було б узгоджувалося із принципом відсутності зворотної сили. Як зазначено вище, останній принцип дозволяє застосовувати нові кримінальні положення до діянь, вчинених до набуття чинності цих положень, які є складовою частиною безперервного правопорушення, за умови виконання певних умов, зокрема, національне законодавство, яке передбачає кримінальну відповідальність за таке правопорушення, є чітким і передбачуваним. У зв'язку з цим, згідно із статтею 368-2 КК, кримінальна відповідальність поширюється і на державних службовців, і треба ще раз підкреслити, що поріг чіткості та передбачуваності є нижчим (з огляду на те, що державні службовці знають про високі стандарти доброчесності та повинні керуватися ними під час перебування на посаді, а також зобов'язані декларувати та обґрунтовувати свої доходи відповідно до процедур, встановлених національним законодавством).

Крім того, у контексті аналогічних закордонних практик та практики Європейського суду з прав людини можна стверджувати, що стаття 368-2 КК щодо запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення узгоджується із принципом відсутності зворотної сили, оскільки Україна, насправді, не запровадила жодної нової ефективної концепції, а, скоріше, повторно врегулювала поточні заходи, спрямовані на запобігання та викорінення корупції на державній службі. Як вже зазначалося, положення, яке доповнило Кримінальний кодекс статтею 368-2, не було першим законодавчим актом, яке вимагало від державних службовців в Україні відповідальності за ненадання фактів походження їхніх статків. Зокрема, необхідно взяти до уваги положення, яке вимагало від державних службовців не лише декларувати відомості щодо свого майна, а й показати, що задеклароване майно придбано у законний спосіб.

