

Список використаних джерел

1. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. // Верховна Рада України : офіц. веб-портал. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/1700-18>.

2. Виявлення корупційного чи пов'язаного з корупцією правопорушення: дії та наслідки // Роз'яснення Національного агентства з питань запобігання корупції. URL: <https://i.factor.ua/ukr/journals/ds/2017/december/issue-12/article-32753.html>.

3. Типова антикорупційна програма юридичної особи, затверджена рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 02.03.2017 № 75, (zareєстровано в Міністерстві юстиції України 09.03.2017 за № 326/30194). URL: mpe.kmu.gov.ua/minugol/control/uk/publish/article?art_id=245198106&cat.

Михайленко Віра Володимирівна,

адвокат, кандидат на посаду судді
Вищого антикорупційного суду України

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ В СВІТЛІ ЗАСАД І ЗАВДАНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Найбільш знаковою подією юридичної реальності лютого 2019 року стало рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України, яким відповідну статтю визнано такою, що не відповідає Конституції України (далі – Рішення). Залишивши поза увагою питання винесення такого рішення саме на завершальному етапі створення Вищого антикорупційного суду України та за місяць до виборів Президента України, постфактум хотілося обговорити її диспозицію в ракурсі засад і завдань кримінального провадження.

Із змісту Рішення вбачається, що основні «претензії» Конституційного Суду України до статті 368-2 КК України полягають в тому, що:

- положення статті 368-2 КК України сформульовані так,

що сумніви стосовно законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі можуть тлумачитися не на користь цієї особи та можуть розглядатися як підтвердження її незаконного збагачення, хоча відповідно до частини третьої статті 62 Конституції України «усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь». У зв'язку з цим, стаття не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, а тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України;

- в диспозиції статті 368-2 Кодексу поєднані матеріальні та процесуальні приписи, а останні – підтвердження чи непідтвердження доказами, доведеність чи недоведеність певного факту – не можуть бути складовою юридичної норми, яка передбачає кримінальну відповідальність;

- відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття активів у власність не означає підтвердження незаконності цих підстав, а отже, й доведеності вини особи у незаконному збагаченні.

Якщо перший та другий посил ще можуть становити предмет дискусії, то відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття активів не може свідчити про законність такого набуття з огляду на наступне. До об'єктивної сторони злочину, передбаченого вже нечинною ст. 368-2 КК України, включено набуття особою активів не в будь-якому, а у значному розмірі. Станом на час винесення рішення відповідно до п. 2 примітки до цієї статті це – одна тисяча неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто 1 921 000,00 грн. Тобто мова йде, в першу чергу, про нерухоме майно, рухоме майно і корпоративні права значної вартості. І важко уявити собі ситуацію, при якій набуваючи відповідні активи, в учасників правочинів, відсутні відповідні підтвердження. Тут комплексом виникають питання оподаткування і декларування, адже відсутність підтвердження законності підстав набуття активів такої вартості по суті «звільняє» відповідну особу і від обов'язку оподаткування і декларування. Отже, цілком логічно і закономірно, що для певних категорій осіб, які добровільно прийняли на себе не

лише державні гарантії, а й певні обов'язки і обмеження, набуття активів сумою майже два мільйони гривень повинно бути законним, і відсутність підтвердження законності набуття не може бути навіть припущена; і лише за наявності відповідного підтвердження, незалежно від наявності кримінальної відповідальності, можна вважати що таке набуття є законним.

Повертаючись до першої тези щодо невідповідності статті 368-2 КК України презумпції невинуватості, слід звернутися і до інших засад кримінального провадження, серед яких найбільш дотичними є верховенство права, свобода від самовикриття, законність, змагальність, диспозитивність, забезпечення права на захист і безпосередність судового розгляду.

Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (ч. 2 ст. 8 КПК України). Таким чином, при встановленні кримінальної відповідальності та притягненні особи до неї в тому числі і за незаконне збагачення, слід звертатися і до правових позицій, вироблених у практиці Європейського Суду. Тим більше, що презумпція невинуватості, на неузгодженість з якою статті 368-2 КК України послався Конституційний Суд України, є ключовим положенням більш широкого права на справедливий суд в кримінальному аспекті (ст. 6 Конвенції) і одночасно його загальною гарантією.

Так, дійсно ст. 17 КПК України фактично дублює конституційну засаду презумпції невинуватості, яка є однією із загальних гарантій права на справедливий суд (пункт 2 ст. 6 Конвенції). Одним із приписів презумпції невинуватості є те, що ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. Однак норма статті і не зобов'язувала особу, щодо якої є підозра у незаконному збагаченні, доводити свою невинуватість. Сполучення «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не означає відповідного обов'язку підозрюваного, а свідчить про

встановлення законодавцем конкретної умови можливості настання кримінальної відповідальності. При чому тут як раз включаються кримінально-процесуальні механізми доказування – ст. 92 КПК України чітко регламентує, що обов'язок доказування обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, покладається на слідчого, прокурора. Більше того, в цій умові проявляється кримінально процесуальна засада законності. Адже сучасне розуміння законності вже вийшло за межі звичної площини неухильного додержання вимог Конституції України, КПК України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства. Частина 2 ст. 9 КПК України покладає на представників сторони обвинувачення особливі обов'язки. Так, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень. Таким чином, абсолютно справедливим є твердження про те, що Конституційний Суд України у Рішенні виходив із припущення щодо можливого недостатнього професіоналізму сторони обвинувачення, намагаючись сформулювати «презумпцію неефективного досудового слідства» у справах, пов'язаних із незаконним збагаченням [1].

З урахуванням завдання і засад кримінального провадження, а також приписів, які регулюють процес доказування у кримінальному провадженні, обов'язок підтвердити законність підстав набуття активів належними, допустимими, достовірними і достатніми доказами визначений саме для сторони обвинувачення. Якщо ж під час досудового розслідування цей обов'язок буде виконуватися через перекладення обвинуваченням тягарю доказування, то така неефективність досудового слідства під час судового розгляду буде виправлена судом, зокрема, винесенням обвинувального

виroku або виходом за межі висунутого обвинувачення із застосуванням ч. 3 ст. 337 КПК України. Адже відповідно до засади безпосередності (ст. 23 КПК України) суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених КПК України. Сторона обвинувачення зобов'язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом.

Повертаючись до презумпції невинуватості, варто погодитися з тезою, що національне законодавство України не містить випадків, коли обов'язок доказування правомірно перекладається на сторону захисту. Разом з тим, з огляду на імплементацію міжнародних стандартів, слід звернути увагу не лише на ті рішення Європейського Суду, які фіксують абсолют презумпції невинуватості, а й на ті, в яких обов'язок підтверджувати або спростовувати певні факти/презумпції не розглядалося як її порушення.

Зокрема, в рішенні ЄСПЛ Грейсон і Барнем проти Сполученого Королівства» (Grayson and Barnham v United Kingdom) [2] розглядалося питання про конфіскацію активів осіб засуджених за злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотиків. Законність отримання заявниками активів відповідно до національного закону перевірялася на двох рівнях. На першому етапі суд міг припустити, що все майно, яким володіла особа протягом попередніх шести років до її засудження, являло собою доходи від незаконної діяльності. Після цього тягар доказування (спростування цього припущення) переходив до особи, яка за принципом «більшої вірогідності» повинна була довести, що грошові кошти надходили із законного джерела. На другому етапі процедури на обвинуваченого покладался обов'язок довести, що сума його ліквідного майна є меншою за встановлену суму його доходів від торгівлі наркотиками. Розглядаючи скарги заявників на те, що в даному випадку мало місце обмеження презумпції

невинуватості, Суд не знайшов порушення пункту 2 ст. 6 Конвенції. ЄСПЛ зазначив, що перехід тягаря доказування у справі про конфіскацію після винесення обвинувального вироку за злочин, пов'язаний з незаконним обігом наркотиків, не суперечить вимогам ст. 6 Конвенції.

«Обмеження презумпції невинуватості» шляхом покладення на обвинуваченого/засудженого обов'язку довести або спростувати певні факти визнано Судом сумісним з правом на справедливий суд також у рішеннях «Філіпс проти Сполученого Королівства» [3], «Фалк проти Нідерландів» (ухвала щодо неприйнятності) [4], «Фам Гванг проти Франції» [5], «Салабіаку проти Франції» [6] тощо. А у справі «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» [7] Європейський Суд, розглядаючи відмову заявника під час арешту, допиту в поліції та на судовому розгляді пояснити свою присутність у будинку, вказав: на цьому тлі неможливо сказати, що виведення розумних висновків з поведінки заявника мало наслідком перекладення тягаря доведення з обвинувачення на захист, а отже, і порушення принципу презумпції невинуватості.

Розглядаючи кримінально-правову дефініцію незаконного збагачення з огляду на свободу від самовикриття, яка в контексті міжнародних стандартів є елементом права на захист, слід також звернутися до рішень ЄСПЛ, в яких містяться протилежні рішення КСУ висновки. Це, зокрема, рішення «О'Галлоран та Франціс проти Сполученого Королівства» [8], в якому Суд не погодився з твердженнями заявників про те, що нібито право зберігати мовчанку та право не свідчити проти самого себе є абсолютними правами, а пряме примушування проти волі осіб до вчинення таких дій руйнує підвалини цих прав. Будь-яке пряме примушування до вчинення цих дій теж, на думку Суду, не є порушенням Конвенції. Стосовно ж ч. 1 ст. 6 Конвенції Суд вказав, що справедливий судовий розгляд не є єдиним незмінним правилом, а залежить від обставин кожної окремої справи. У справі «Гефген проти Німеччини» [9] ЄСПЛ зазначив, що використання доказів, отриманих під примусом їх надати, не робить судовий розгляд несправедливим автоматично, хоча і створює сильну презумпцію

несправедливості. Нове визнання заявника під час судового розгляду відіграло суттєву роль при винесенні вироку; інші докази мали допоміжний характер і використовувалися виключно з метою підтвердження правдивості цього визнання... Що стосується можливості оспорення таких доказів, то національний суд міг за своїм розсудом виключити докази, отримані неналежним способом і оцінив всі пов'язані з цим інтереси в достатньо мотивованому вирокі. В особливих обставинах справи заявника, включаючи нагляд за ним, що мав місце після отримання викупу, і неспростовні докази, слід визнати допоміжний характер доказів, отриманих в результаті первісно визнання, для його засудження. Таким чином, право на захист у зв'язку з цим не зазнало шкоди.

Слід однак знову звернутися до верховенства права і наголосити, що у всіх рішеннях про притягнення заявників до відповідальності, ЄСПЛ оцінює весь судовий процес в комплексі (починаючи з моменту підозри і закінчуючи остаточним рішенням). І такий процес повинен в цілому відповідати критерію справедливості, а всі гарантії, передбачені ст. 6 Конвенції, на національному рівні повинні бути забезпечені.

Отже, закладений у статті 368-2 Кримінального кодексу України підхід створює рівновагу між інтересом держави в сфері боротьби з корупцією та правами підозрюваного/обвинуваченого, покладаючи на прокурора обов'язок довести вину особи, яку підозрюють/обвинувачують у вчиненні злочину, чим є незаконне збагачення, а особа може її спростувати [10]. Адже, кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України. Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав.

До цього слід додати засаду диспозитивності (ст. 26 КПК України), відповідно до якої сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах та у

спосіб, передбачених цим Кодексом. Тобто підтверджувати доказами законність набуття активів може, хоча і не зобов'язана сама особа, щодо якої є підозра у незаконному збагаченні, а забезпечення права на захист разом з іншими інститутами кримінального провадження створює відповідні можливості – надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК України.

Тому, на наш погляд, висновки щодо невідповідності статті 368-2 КК України презумпції невинуватості, а також критерію юридичної визначеності є надуманими. Засади кримінального провадження в даному випадку виступають необхідним утворюючим фактором, спроможним збалансувати суспільні інтереси у боротьбі з корупцією з демократичними ідеалами захисту прав конкретної людини в окремому кримінальному провадженні.

Підсумовуючи викладене, слід наголосити, що ця доповідь не спрямована на критику рішення КС України; це – лише аналітика і коментар, які можливо врахувати при впровадженні наступної редакції криміналізації незаконного збагачення. Із визнанням неконституційною статті 368-2 КК України в редакції від 10.11.2015 в законодавстві України утворено вакуум щодо відповідальності за незаконне збагачення, який слід заповнити якомога скоріше. Адже, виникла ситуація, при якій Україна, з одного боку, взяла на себе відповідні «імплементатійні» зобов'язання криміналізувати незаконне збагачення як корупційне правопорушення, а з іншого – бачимо, що такі зобов'язання виконані неефективно. Дійсно, дефініція статті 368-2 КК України не була однозначно прийнятною юридичною спільнотою. Складність її опанування підтверджується не лише наявністю великої кількості наукових дискусій, а й тим, що в судах України перебувала незначна кількість кримінальних проваджень за цією статтею. А станом на сьогоднішній день щодо всіх осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності,

будуть винесені відповідні «відбілюючи» процесуальні рішення.

Визнання неконституційною статті 368-2 КК України утворило не лише правовий вакуум щодо криміналізації незаконного збагачення, а й певний процесуальний «колапс», адже процесуальне законодавство також виявилось неготовим до такого. Логічно, що за обставин визнання неконституційною норми, яка встановлює кримінальну відповідальність, порушене за цією нормою кримінальне провадження підлягає припиненню. Разом з тим, ст. 284 КПК України, яка регламентує закриття кримінального провадження, не містить такої підстави як визнання неконституційною статті закону про кримінальну відповідальність, якою встановлюється кримінальна відповідальність. Тобто тут виникає перша процесуальна проблема, яка свідчить про відсутність належної правової процедури, що декларовано одним із завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК України).

Очевидно, що на стадії досудового розслідування для закриття відповідного кримінального провадження застосовним за аналогією є пункт 4 ч. 1 ст. 284 КПК України – набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою. Тобто прокурор або слідчий (якщо особі не повідомлено про підозру) виносить постанову про закриття кримінального провадження. Однак як бути з провадженням під час судового розгляду? Адже частина 2 ст. 284 КПК України містить лише три підстави, коли кримінальне провадження закривається судом (звільнення особи від кримінальної відповідальності; відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення; досягнення податкового компромісу). Більше того, частина 7 ст. 284 КПК України, яка встановлює обов'язки суду при виявленні обставин для закриття кримінального провадження під час судового розгляду, (!!!) містить прогалину щодо того, як повинен діяти суд, якщо під час судового розгляду виявлена обставина, передбачена пунктом 4 частини першої цієї статті. Пункт 4 в частині сьомій ст. 284 КПК України просто не згадується.

Зрозуміло, що в сучасних умовах реалізації принципу

верховенства права від суду, як кінцевого арбітра кримінального провадження, вимагається не лише «суха» функція автоматичного правозастосування. У викладеній концепції фактичного скасування кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, за відсутності відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення, суду не залишається нічого іншого, як ухвалити виправдовувальний вирок, хоча таке з огляду на відсутність належної правової процедури, не буде відповідати завданням кримінального провадження.

Стаття 368-2 Кримінального кодексу України, визнана неконституційною, втрачає чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення, тобто після 26 лютого 2019 року в законі України про кримінальну відповідальність відсутній відповідний склад злочину, передбачений ст. 368-2 КК України в редакції від 10.11.2015. В силу приписів абз. 1 ч. 7 ст. 284 КПК України якщо обставини, передбачені пунктами 2 частини першої цієї статті (встановлена відсутність в діянні складу кримінального правопорушення), виявляються під час судового розгляду, суд зобов'язаний ухвалити виправдувальний вирок. При чому ухваленню виправдувального вироку в цій ситуації притаманна не лише повна реабілітація особи, щодо якої є обґрунтовані підозри у незаконному збагаченні, а й всі інші правові і процесуальні наслідки, в тому числі отримання моральної і матеріальної компенсації.

Чи виконуються в такому випадку такі завдання кримінального провадження як захист особи, суспільства, держави від кримінальних правопорушень та застосування належної правової процедури до кожного учасника кримінального провадження? При всій законності ухваленого виправдувального вироку (адже він формально відповідає вимогам закону), таке судове рішення не співвідноситься з принципом верховенства права, а також «гіпертрофує» права особи, притягнутої до кримінальної відповідальності, на шкоду суспільному інтересу і завданням кримінального провадження.

На завершення слід додати, що стаття 20 Конвенції ООН проти корупції закликає Держави-учасниці розглянути

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. Однак такий заклик пов'язаний з умовами дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи. На сьогоднішній день у Верховній Раді України зареєстровано вже більше десятка законопроектів, спрямованих на закріплення в КК України незаконного збагачення в новій редакції. Тож при опрацюванні і впровадженні в Кримінальний кодекс України наступної редакції незаконного збагачення слід врахувати корупційний потенціал цього правопорушення, суспільний інтерес, необхідність в демократичному суспільстві, а також процесуальні механізми і спроможності розслідування та розгляду даного виду кримінальних проваджень.

Список використаних джерел

1. Окрема думка судді Конституційного Суду України Колісника В. П. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України.

2. Справа «Грейсон і Барнем проти Сполученого Королівства» (Case of Grayson and Barnham v United Kingdom) (заява № 19955/05) : рішення Європейського Суду з прав людини від 23.09.2008. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-88541>.

3. Справа «Філіпс проти Сполученого Королівства» (Case of Phillips v. the United Kingdom) (заява № 41087/98) : рішення Європейського Суду з прав людини від 30.11.2000. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5569>.

4. Справа «Фолк проти Нідерландів» (Case of Falk v. Netherlands) (заява № 66273/01) : рішення Європейського Суду з прав людини від 19.10.2004. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5734>.

5. Справа «Фам Гоанг» проти Франції» (Case of Pham Hoang v France) (заява № 13191/87) : рішення Європейського Суду з прав людини від 25.09.1992. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57791>.

6. Справа «Салаб'які проти Франції» (Case of Salabiaku v France) (заява № 10519/83) : рішення Європейського Суду з прав людини від 07.10.1988. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57570>.

7. Справа «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» (Case of John Murray v United Kingdom) (заява № 18731/91) : рішення Європейського Суду з прав людини від 08.02.1996. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57980>.

8. Справа «О'Галлоран і Фрабцис проти Сполученого Королівства» (Case of O'Halloran and Frabcis v. UK), (заяви № 15809/02 і № 25624/02) : рішення Європейського Суду з прав людини від 29.06.2007. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71024>.

9. Справа «Гефген проти Німеччини» (Case of Gafgen v. Germany) (заява № 22978/05) : рішення Європейського Суду з прав людини від 01.06.2010. HUDOC. European Court of Human Rights : [сайт]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117287>.

10. Розбіжна думка судді Сергія Головатого у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (справа № 1-135/2018(5846/17) (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019).