

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ: ЗАПОБІЖНИК КОРУПЦІЇ ЧИ ПОРУШЕННЯ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ?

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR ILLEGAL ENRICHMENT: A PREVENTION OF CORRUPTION OR VIOLATION OF THE PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEDURE?

Поліщук А.О., аспірант кафедри кримінального права і криминології
Львівський національний університет імені Івана Франка

У цій статті розглянуто і проаналізовано думки науковців щодо необхідності запровадження (відновлення) кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. При цьому особливу увагу автор приділив з'ясуванню відповідності кримінально-правової норми, закріпленої у ст. 368² КК України, принципам кримінального права і кримінального процесу, зокрема презумпції невинуватості і *non bis in idem*. Проаналізовано позиції науковців стосовно порушення принципу презумпції невинуватості у справах про незаконне збагачення. Зроблено висновок про те, що з огляду на потребу доведення вини особи, яка обвинувачується у незаконному збагаченні, а не її обов'язку доведення невинуватості, порушення цього принципу не відбувається. А також наголосив на доцільності відновлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

Також проаналізовано норми міжнародно-правових актів та рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), в яких допускаються виключення з загального правила, за яким в кримінальних справах в корупційних злочинах тягар доведення лежить на стороні обвинувачення. І співвідношення з національним законодавством, в якому у всіх випадках саме сторона обвинувачення має довести незаконність отримання підозрюваною особою тих чи інших благ.

Проаналізовано значення встановлення санкції за незаконне збагачення у виді конфіскації майна, а також можливість конфіскації незаконно отриманого майна у корупційний спосіб у порядку спеціальної конфіскації.

Крім того, у цій статті розглянуто окремі проблеми застосування ст. 368² КК України у разі її відновлення у новій редакції, а саме: гуманізація кримінальної відповідальності за незаконне збагачення і дія закону про кримінальну відповідальність у часі, а також досліджено міжнародний досвід імплементації Конвенції Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) проти корупції.

Ключові слова: корупція, незаконне збагачення, кримінальна відповідальність, презумпція невинуватості, ст. 368² КК України.

This article is devoted to the views of scientists concerning the necessity of establishing (restoring) the criminal liability for illicit enrichment. At the same time, the author paid special attention to clarifying the compliance of the criminal law rule enshrined in the Art. 368-2 of the Criminal Code of Ukraine with the principles of criminal law and criminal procedure, in particular with the presumption of innocence and *non bis in idem*. The positions on violation of the principle of presumption of innocence in cases of illicit enrichment are analyzed. It is concluded that due to the need to prove the guilt of the person accused of illicit enrichment, (but not due to the obligation to prove innocence) – the violation of this principle does not occur. Also the author stresses the necessity of restoring criminal liability for illicit enrichment.

The provisions of international legal acts and decisions of the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECHR), that allow exceptions to the general rule that the burden of proof lies on the prosecution in criminal cases of corruption, are also analyzed. And the compliance of such decisions with national legislation is examined, because in national law the prosecution must prove the illegality of the suspect's receipt of certain benefits in all cases.

The significance of establishing a sanction for illegal enrichment in the form of confiscation of property, as well as the possibility of confiscation of illegally obtained property in a corrupt manner by way of special confiscation are analyzed.

In addition, this article deals with some problems of application of Art. 368-2 of the Criminal Code of Ukraine in case of its restoration in the new edition, namely: humanization of criminal liability for illicit enrichment and the force of the law on criminal liability in time, as well as the international experience of implementation the United Nations Convention against Corruption.

Key words: corruption, illicit enrichment, criminal liability, presumption of innocence, Art. 368² of the Criminal Code of Ukraine.

Сьогодні ставлення українців до незаконного збагачення і корупції суттєво змінилося порівняно з тим, яке було 5–10 років тому. Якщо раніше, до подій у грудні 2013 – лютому 2014 року, переважна частина пересічних українців займала «позицію мовчазного потурання незаконному збагаченню. Тому для активізації протидії цьому прояву корупції потрібно докласти значних зусиль для підтримання у суспільстві атмосфери загального осуду протизаконної діяльності корупціонерів. Слід викорінювати із людської свідомості шкідливі думки про те, що більшість проявів корупції не становить суспільної небезпеки, що матеріальна «подяка» за здавалося б просте виконання чиновником своїх посадових обов'язків, навіть якщо він цього і не вимагає, є нормою, а не злочином» [16, с. 129].

На цей час «вже зроблено важливі кроки на шляху до запобігання незаконному збагаченню, зокрема, створено достатнє законодавче підґрунтя, однак активізувати цей процес можна лише спільними зусиллями уповноважених органів держави і громадськості, а також за рахунок викорінювання загальних соціально-економічних причин та умов злочинності у державі» [16, с. 129–130].

Така ситуація, мабуть, є наслідком того, що інститут незаконного збагачення в галузі кримінального права, який покликаний виявляти, запобігати розвитку корупційного збагачення службових осіб органів державної влади,

зокрема серед суддів, є досить новим для романо-германської правової системи і потребує подальшого дослідження. Дослідженню проблем запровадження і застосування кримінальної відповідальності за незаконне збагачення присвячено праці таких відомих науковців, як П.П. Андрушко, Г.І. Богущ, В.І. Борисов, Л.П. Брич, Д.О. Гарбазей, О.О. Дудоров, К.П. Задоя, О.О. Книженко, Г.С. Крайник, В.Н. Кубальський, Д.Г. Михайленко, М.О. Міщенко, В.О. Навроцький, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, О.М. Шармар, Н.М. Ярмиш та інші. Більшість цих вчених досліджували проблеми кваліфікації за ст. 368² Кримінального кодексу України (далі – КК України), або ж праці мають комплексний характер, через що їхні постулати були покладені в основу цієї статті, набувши розвитку.

Постановка проблеми. 26 лютого 2019 року Конституційний Суд України ухвалив рішення у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України (далі – Рішення або рішення), визнавши зазначену правову норму такою, що суперечить Основному Закону України.

Цим рішенням Конституційний Суд України, по суті, скасував кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Тобто Конституційний Суд України вкотре вико-

нав квазізаконотворчу роль, позаяк як орган судової влади Конституційний Суд України реалізував свою функцію негативної нормотворчості (прерогативу припиняти дію норми права, яка не відповідає Конституції України). Проте цього разу своїми діями Конституційний Суд України викликав хвилю обурення громадськості, тому що значну частину колосальних зусиль правоохоронних органів, які ведуть активну і наполегливу боротьбу з корупцією в Україні, було зведено нанівець.

Водночас великий ажіотаж і резонанс навколо цього рішення зумовили обставини, за яких воно було ухвалене, а саме відразу (через кілька днів) після викриття журналістами фактів корупції у сфері оборони за участю чиновників Адміністрації Президента України напередодні першого туру виборів Президента України. Крім того, вказаним рішенням Конституційний Суд України підтвердив свою залежність від політичної ситуації в нашій державі, а також від політичних сил. Причин цього багато і вони є темою окремого дослідження, передусім політологічного, і не охоплюються предметом цієї статті.

Мета статті. Тут ми спробуємо з'ясувати наскільки рішення Конституційного Суду України відповідає уявленням і позиціям науковців щодо кримінально-правової норми про незаконне збагачення у тому вигляді (редакції), який вона мала до визнання її такою, що не відповідає Конституції України. Розпочнемо з короткої історії цієї юридичної норми.

Виклад основного матеріалу. Вперше кримінальну відповідальність за незаконне збагачення в Україні було запроваджено у 2009 році. Тоді до КК України було введено статтю 368¹, яку 21 грудня 2010 року Верховна Рада України виключила із закону про кримінальну відповідальність. Однак уже 7 квітня 2011 року норму про незаконне збагачення було відновлено, але вже як ст. 268² КК України. Після того вона зазнавала змін, пов'язаних із приведенням її змісту до Конвенції ООН проти корупції і положеннями Загальної частини КК України [15, с. 166–167].

Усі етапи розвитку ст. 368² КК України супроводжувалися дискусіями науковців щодо її доцільності і відповідності принципам кримінального процесу і кримінальної відповідальності. Зокрема, суперечки точилися навколо відповідності змісту кримінально-правової норми про незаконне збагачення презумпції невинуватості і праву особи (підозрюваного, обвинуваченого тощо) не свідчити проти себе чи своїх близьких родичів.

Так, В.Н. Кубальський вважає, що встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у вигляді спеціальної статті фактично являє собою останній елемент контролюючого характеру в механізмі кримінально-правової протидії корупції, який спрямований на забезпечення невідворотності відповідальності за всі злочинні форми корупційного (незаконного) збагачення [13, с. 147]. Це твердження, як слушно зауважує М.О. Міщенко, «є цілком закономірним, адже, як і будь-який з проявів корупції, незаконне збагачення потребує відповідної суворої реакції держави тією ж мірою, як це стосується й усіх інших корупційних злочинів. Наявність чітко визначених у законі підстав притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення вже саме по собі стало важливим підґрунтям до запобігання вчиненню цього суспільно небезпечного діяння» [16, с. 129].

Однак наведеним аргументам про необхідність запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення деякі вчені протиставляють твердження про порушення презумпції невинуватості. Зокрема, прихильники такого підходу наголошують, що подібно до інших норм Конвенція ООН проти корупції (*ратифікація якої є головною причиною введення норми до КК України – А. П.*) вимагає умисного характеру діяння («коли він (злочин) відбувається умисно»). У цьому разі, вважають про-

тивники ст. 268² КК України, незрозуміло, стосовно якого діяння повинна встановлюватися вина у формі умислу, позаяк «значне збільшення активів» є не дією (бездіяльністю) особи, а його наслідком. При цьому вони стверджують, що дія (бездіяльність) презюмується й не потребує доказування, що суперечить положенню класичного кримінального права про відповідальність особи лише за свої винні дії (бездіяльність) [1, с. 114].

Проте погоджуємося із Д.Г. Михайленком, що на таке зауваження варто зазначити, що в міжнародному праві поняття вини має дещо інше функціональне призначення і зміст, порівняно з національним правом [14, с. 249]. Зокрема, на думку Ю.О. Колосова, у міжнародному праві вина – це сам факт учинення суб'єктом протиправної дії, і для уникнення змішування понять у міжнародному праві потрібно говорити не про ставлення у вину, а про ставлення до вчиненої дії [7, с. 41].

Такі твердження є обґрунтованими і з погляду наведених у юридичній літературі вимог (ознак) до презумпції невинуватості як основоположного принципу кримінального процесу, а саме: розслідування злочину не повинно починатися з припущення вини особи; доведення вини особи покладається на орган обвинувачення (тягар доведення); право обвинуваченого не свідчити проти самого себе; обвинувачений має право мовчання [25; 2, с. 87].

Проте Д.О. Гарбазей вважає, що незаконне збагачення автоматично передбачає визнання посадової особи, активи якої значно більші за офіційні доходи, винною [2, с. 87].

Порушення презумпції невинуватості у скасованій Конституційним Судом України нормі ми не вважаємо і тому, що обов'язок доведення наявності у діях особи складу злочину, зокрема вини підозрюваного (обвинуваченого), законом покладено на сторону обвинувачення. Тому доки прокурор як державний (публічний) обвинувач не надасть судові переконливі належні, допустимі і достовірні докази, які сукупно будуть достатніми для спростування раціонального сумніву у неможливості обвинувального публічного службовця набути майно чи доходи законним (правомірним), а не корупційним, шляхом, суд уповноважений постановити виправдувальний вирок. При цьому підозрюваний (на стадії досудового розслідування) чи обвинувачений (під час судового розгляду) має право (а не обов'язок!) спростовувати подані супротивною стороною докази і висунути проти себе звинувачення.

Викладене цілком узгоджується зі словами В.М. Боркова про те, що презумпція невинуватості не виключає можливості проведення різноманітних процесуальних дій з метою отримання доказів у кримінальній справі (кримінальному провадженні – А. П.). У такому разі потрібно буде доводити не факт вчинення тих чи інших злочинів, які потягли за собою збагачення, а навпаки, відсутність законних підстав для значного збільшення активів службової особи. Таким чином, цілком можливо зняти зі службової особи, яку перевіряють, тягар обґрунтування нею легітимності її майнових актів значної вартості [12, с. 5].

Звісно, якщо розглядати презумпцію невинуватості широко, то й справді можна стверджувати про її недотримання у визнаній неконституційною кримінально-правовою нормі, позаяк у такому разі складається враження начебто сторона обвинувачення не зобов'язана перевіряти версію про невинуватість особи. Натомість це не так, тому що на правоохоронні органи (органи досудового розслідування) і на прокуратуру закон покладає обов'язок повно і всебічно з'ясувати усі обставини, умови і причини вчинення злочину. Відтак у разі виявлення доказів, які спростовують вину підозрюваного чи обвинуваченого, компетентні державні органи і їхні посадові особи (слідчий, прокурор чи суддя) мають належно реагувати (наприклад, закрити кримінальне провадження за підставою, передбаченою Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України), – у зв'язку з відсутністю вини під-

озрюваного чи обвинуваченого чи у зв'язку з відсутністю у його діях складу злочину – або постановити виправдувальний вирок).

Тут же у межах нашої теми треба розглянути і порушення права не свідчити проти себе та близьких осіб. Це право (чи окремих принцип кримінального процесу) полягає у тому, що кримінальне процесуальне законодавство покладає на сторону обвинувачення обов'язок довести обґрунтованість своєї позиції, навіть якщо обвинувачений не даватиме жодних доказів протягом усього процесу. Натомість визнане неконституційним формулювання складу такого злочину, як незаконне збагачення, свідчить, що обвинувачений сам повинен надати докази, дати свідчення задля спростування підозр у набутті незаконно придбаних активів. У такому разі, тобто не даючи жодних пояснень та не спростовуючи підозри стосовно себе, обвинувачений в незаконному збагаченні автоматично визнається винним. Останнє, зрештою, і є порушенням принципів кримінального судочинства [25; 12, с. 88; 13, с. 214].

Водночас треба зазначити, що «законодавство України не містить положень, які забороняли б суду під час вирішення справи доходити негативних висновків для обвинуваченого під час оцінювання наявних по справі доказів (у цьому разі доказів значного збільшення активів публічного службовця, що не відповідає його доходам) у разі його відмови давати показання» [14, с. 252]. Навпаки, як цілком слушно вважає Д.Г. Михайленко, така інтерпретація зазначеного конституційного положення відповідає висновкам ЄСПЛ у справі *John Murray v. United Kingdom* [22], оскільки відмова обвинуваченого свідчити стосовно себе у сукупності із іншими вагомими доказами, з погляду ЄСПЛ, є питанням здорового глузду й уважати це несправедливим чи необґрунтованим за таких обставин не можна. Так само ЄСПЛ вважає і щодо виведення розумних висновків із поведінки обвинуваченого у контексті порушення принципу презумпції невинуватості. Навіть більше, у п. 47 зазначеного рішення ЄСПЛ указав, що «право на мовчання» не є абсолютним. У цьому разі необхідно тільки нормативно регламентувати описану вище можливість суду, наприклад, у структурі складу незаконного збагачення, як це пропонується у ст. 20 Конвенції [14, с. 252–253].

Крім того, згідно з висновком ЄСПЛ у справі *van Vondel v. Netherlands* [23] право не відповідати на запитання й не давати свідчень проти самого себе не слід вважати бажаним підозрюваного (обвинуваченого) ухилитися від розслідування. Так само не всі заохочувальні заходи компетентних (уповноважених правоохоронних) державних органів, застосовані з метою надати їм потрібну інформацію, належить розглядати як неправомірний примус. Навіть більше, стверджує Д.Г. Михайленко, правомірним є використання такими органами своїх примусових повноважень, зокрема права вимагати від осіб надати відомості, скажімо, про їхні фінансові активи, навіть від погрозою застосувати покарання у разі відмови зобов'язаної особи виконати таку вимогу [14, с. 253].

Отже, суд може робити негативні висновки з мовчання обвинуваченого, коли фактичні обставини справи (значне збільшення активів публічної посадової особи, яке перевищує її законні доходи) явно вимагають від особи надати пояснення (раціонально обґрунтувати походження таких активів), якщо при цьому таке мовчання не є основною підставою для обвинувального вироку, що й передбачає склад незаконного збагачення [14, с. 253].

Таким чином, аргументація прихильників дотримання презумпції невинуватості у кримінально-правовій нормі про незаконне збагачення є більш виваженою, ніж позиція противників.

Не можна не згадати і про те, що деякі науковці гадають, що застосування кримінально-правової норми про

незаконне збагачення у тому вигляді, який запропоновано у Конвенції ООН проти корупції та імplementованому в українське законодавство (визнана неконституційною ст. 268² КК України), може призвести до порушення принципу *non bis in idem* (недопустимості подвійного інкримінування однієї обставини двічі (повторне притягнення до кримінальної відповідальності за одне діяння)).

Так, у кримінально-правовій літературі ми можемо знайти судження, що визнання значного збільшення активів суспільно небезпечним діянням, а відтак і підставою кримінальної відповідальності, часто може суперечити принципу *non bis in idem*, адже незаконне збагачення не потрібно вважати самостійним діянням у кримінально-правовому розумінні (окремим інтелектуальним та вольовим вчинком), оскільки останнє може виникнути лише через учинення іншого діяння (оскільки будь-які не передбачені законом випадки отримання активів у значному розмірі службовими особами охоплюються іншими складами злочинів). В іншому разі збагачення не буде відповідати ознаці незаконного. Відтак притягнення до відповідальності за незаконне збагачення може призвести до повторного притягнення особи до кримінальної відповідальності за діяння, унаслідок якого було отримано активи, тобто за одне й те саме діяння. Натомість непритягнення підозрюваної у незаконному збагаченні особи у разі учинення нею предикатного злочину, на думку авторитетних науковців, може суперечити принципу невідворотності кримінальної відповідальності [21; 14, с. 253].

Перше з наведених зауважень, на думку Д.Г. Михайленка, показує проблеми юридичної (нормотворчої) техніки, зокрема не стосується суті досліджуваної кримінально-правової норми і вказує на необхідність такого конструювання цього правового інструменту в національному праві, який надав би змогу унеможливити притягнення особи до кримінальної відповідальності за отримання неправомірної вигоди водночас за статтями про злочини, які належать до різних рубіжів (у цьому разі – основного й завершального) протидії корупції. Таку проблему, гадає науковець, доцільно вирішити шляхом введення до КК України поряд із нормою про незаконне збагачення умови про заборону чи обмеження застосування зазначеної кримінально-правової норми у тих випадках, коли суттєве збільшення майнових активів особи становить інший злочин [14, с. 253–254].

Водночас, з огляду на те, що принцип невідворотності кримінальної відповідальності означає, зокрема, те, що, якщо особа, котра вчинила злочин, підлягає кримінальній відповідальності, за визначеними у кримінальному процесуальному законі умовами і порядку притягується до неї [6, с. 11], то навпаки, дія норми про незаконне збагачення як елемент завершального рубіжу протидії корупції сприятиме його дотриманню, адже можливості притягнути до відповідальності корупціонера значно зростуть, що знизить латентність корупційних діянь [14, с. 254].

Водночас бачимо, що, як і після визнання такою, що не відповідає Конституції України, ст. 368¹ КК України, актуальною є думка Д.О. Гарбазя, що суперечність між обмеженням прав людини, принципів кримінального судочинства та необхідності боротьби з корупцією забезпечують наявність двох протилежних позицій щодо існування інституту незаконного збагачення [2, с. 88]. Так, Г.І. Богуш, В.І. Тютюгін, О.О. Дудоров заперечують необхідність умовно нового інституту кримінального права і стверджують, що впровадження такої кримінально-правової норми суперечить презумпції невинуватості, оскільки вводить у кримінальне право елементи об'єктивного ставлення за провину [4, с. 30; 20]. Натомість ці самі науковці наголошують на необхідності удосконалення чинного законодавства про легалізацію доходів, отриманих злочинним шляхом, і подальшої їхньої конфіскації. Свою позицію автори обґрунтовують тим, що значне збільшення активів

[державного (публічного) – А. П.] службовця, що перевищують його офіційні доходи, обов'язково пов'язане із вчиненням цією особою якихось конкретних протиправних діянь (наприклад, злочини у сфері службової діяльності) чи її приналежність до злочинних угруповань. А тому, коли правоохоронні органи виявлять первинні злочини, довести протиправність отриманих активів буде доволі просто [2, с. 88].

Крім того, О.О. Дудоров і Т.М. Тертиченко вважають, що «закріплене у ст. 368² КК України визначення незаконного збагачення вихолощує основний зміст аналізованого корупційного діяння у розумінні Конвенції: живеш не на зароблені кошти і не можеш це належним чином пояснити – ти злочинець» [4, с. 30]. Таким чином, запровадивши кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, Україна водночас формально виконала свої міжнародні зобов'язання і не змогла створити належні умови для того, аби імплементувати згідно з передбаченими ст. 20 («Незаконне збагачення») Конвенції ООН проти корупції 2003 року вимогами [12, с. 3].

Водночас чимало науковців наголошують на тому, для контролю за законністю отримання доходів публічних (державних) службовців достатньо декларування доходів і витратків держслужбовців і членів їхніх сімей. Так, у багатьох країнах світу за неподання декларації або подання недостовірних даних законодавством передбачено накладення штрафів (США, Перу, Латвія, Румунія, Філіппіни), обмеження права обіймати посади в державній службі (Аргентина), обмеження чи позбавлення волі на певний строк (США, Аргентина, Перу, Латвія, Румунія, Індія) [2, с. 89; 3, с. 214; 18].

Окрім того, введення в кримінальне законодавство складу злочину незаконне збагачення призведе до звинувачення службовців та ще більшого прояву корупції серед правоохоронних органів та судів, які вирішуватимуть питання про достатність чи недостатність наданих обвинуваченим доказів [2, с. 89].

Наведені позиції мають право на існування, хоч її прихильників дуже мало. Натомість міжнародний досвід також свідчить про доцільність запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Так, наприклад, отримання доходів від протиправної діяльності завжди було незаконним, а тому актуальним в умовах зростання ролі організованої злочинності та відмивання коштів, отриманих злочинним шляхом [2, с. 84; 3, с. 212]. Зокрема, вперше ідея криміналізації незаконного збагачення виникла в американському законодавстві як спроба здійснювати контроль за відмиванням грошових коштів [25]. Згодом кримінальну відповідальність за набуття власності (майна) протиправним шляхом було передбачено Конвенцією ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (ч. 7 ст. 5) [9], у ст. 12 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності [10] (притому до кримінальної відповідальності за описані у цих міжнародно-правових актах протиправні діяння можна було притягати будь-якого громадянина, що вчиняв злочин), Міжамериканською конвенцією про боротьбу з корупцією [2, с. 85]. Згодом усі намагання протидіяти незаконному збагаченню на міжнародно-правовому рівні втілились у вже згадуваній Конвенції ООН проти корупції.

Після ретельного аналізу дефініції «незаконне збагачення», що використовується в міжнародно-правових документах, Д.О. Гарбазей виділив спільні відмінні (особливі) ознаки. Водночас науковець зазначив, що кожна країна – учасниця будь-якої конвенції про боротьбу з корупцією, крім Конвенції Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею, самостійно, відповідно до своїх умов і реалій, вирішує, чи потрібно визнавати незаконне збагачення як корупційний злочин у своєму національному законодавстві [8, с. 1]. Водночас

більшість країн Європи, а також США, як і раніше, неохоче здійснюють криміналізацію незаконного збагачення як окремого кримінально караного діяння [3, с. 213].

Причиною цього, на думку Д.О. Гарбазей, є порушення принципів кримінального судочинства та конституцій багатьох країн світу щодо презумпції невинуватості, покладання тягаря доведення на сторону обвинувачення та можливості не свідчити відносно себе [3, с. 213].

Перенесення тягаря доведення з прокурора на обвинуваченого застосовується в деяких міжнародних конвенціях, національному законодавстві країн світу та підтримується Європейським судом з прав людини [2, с. 87–88].

Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності (UNTOC, також відома як Конвенція Палермо) теж містить положення про необхідність доведення особою, що вчинила злочин, законності отримання доходів, щодо яких є сумніви в їх походженні. Аналогічне положення також є і в Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин [2, с. 88].

ЄСПЛ дотримується підходу, що обов'язок доказування не завжди покладено лише на сторону обвинувачення. Заразом ЄСПЛ окреслено три випадки, коли тягар доведення лежить не на стороні обвинувачення: а) у так званій суворій відповідальності злочинів (socalled strict liability offences); б) конфіскація майна, отриманого внаслідок вчинення кримінального злочину; в) у кримінальних злочинах, в яких тягар доведення був перенесений на відповідача [24].

Науковці, які відстоюють необхідність упровадження інституту незаконного збагачення, зокрема В.В. Лунев, В.М. Борков, Н.Дива Кофеле-Кале, Неллі Гачері Камунде, Гілермо Дордж, вважають, що процесуальні права, до яких належить презумпція невинуватості не є абсолютними, і за для подолання глобальної проблеми боротьби з корупцією можуть бути частково обмежені [3, с. 214]. Судова практика ЄСПЛ чітко розмежовує, що презумпція невинуватості не є перепорою для законодавчого закріплення кримінальної відповідальності за діяння до тих пір, поки принципи розумності та пропорційності належним чином дотримуються [26, с. 14].

Управління ООН по наркотиках і злочинності зазначає, що криміналізація незаконного збагачення, коли обвинувачувана у цьому діянні особа повинна подати розумне пояснення різкого збільшення своїх активів, у деяких країнах може розцінюватися як виключне право вважатися невинною доти, поки його провина не буде доведена відповідно до закону [2, с. 89]. Водночас можна чітко зрозуміти, що презумпція винності відсутня, і що тягар доведення, як і раніше, лежить на стороні обвинувачення, оскільки саме вона зобов'язана продемонструвати, що масштаби збагачення перевищують законні доходи особи. Відповідно, це може розглядатися як спростована презумпція, позаяк після пред'явлення відповідних доказів обвинувачений може представити розумне або таке, що заслуговує на довіру, пояснення [19, с. 100].

Крім того, Лінді Музіла, Міхаель Моралес, Марієн Матіс, Тамар Бергер звертають увагу на те, що ефект від введення цієї норми відзначався в тих країнах, де був високий рівень корупції, корумпованості чиновників і низькі доходи. Введення цієї норми посприяло зниженню корумпованості, що поступово призвело до зменшення застосування цього інституту [26, с. 28]. Головною вимогою під час обмеження прав людини, на думку Дена Вілшера, є встановлення балансу між боротьбою із корупцією та правами людини [25].

Водночас варто наголосити, що є розвинені країни, які не ратифікували конвенцію ООН взагалі: Німеччина і Японія. Але з країн старої демократії ніхто статтю 20 і не вилучав. Важливо пояснити, що Конвенція рекомендує країнам встановити кримінальну відповідальність за неза-

конне збагачення, а таким визнається наявність у публічної посадової особи якоїсь власності, яку він не вказав у декларації і якої не може пояснити. Багато країн не встановили кримінальної відповідальності, але у них адміністративна відповідальність такого обсягу, що вона цілком адекватна криміналізації. Наприклад, Італія використовує таку санкцію, як конфіскація [17; 3, с. 215].

Водночас Російська Федерація відмовилася від ратифікації статті 20 Конвенції ООН на підставі невідповідності закріпленому в статті 49 Конституції РФ принципу презумпції невинуватості [2, с. 90].

У французькій юридичній літературі, принцип презумпції невинуватості виступає усього лише принципом, а не догмою, тому в деяких категоріях справ тягар доведення покладено на сторону захисту [12, с. 6].

Таким чином, більшість науковців і міжнародний досвід свідчать, що введення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є доцільним і необхідним заходом політики держави у напрямі протидії корупції, передусім корупції у системі правосуддя, з якою боротися вкрай складно.

Водночас встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, на думку О.О. Книженко, охоплює ще одну проблему, а саме: недосконалість санкції за вчинення злочину, передбаченого ст. 368² КК України. Науковець вважає, що потрібно послабити репресивну кримінально-правову політику держави і пропонує санкціями за вчинення суспільно небезпечних протиправних діянь визнавати покарання, звільнення від покарання та його відбuvання (пробація), звільнення від кримінальної відповідальності, примусові заходи медичного характеру, примусове лікування, примусові заходи виховного характеру [5, с. 340].

Водночас Г.С. Крайник звертає увагу правників на те, що покарання у виді конфіскації майна не може бути застосоване у частинах 1 і 2 ст. 368² КК України, оскільки це суперечить ч. 2 ст. 59 КК України (застосовується за тяжкі або особливо тяжкі корисливі злочини, а за злочини проти основ національної безпеки та громадської безпеки – незалежно від ступеня тяжкості). Однак злочин, передбачений ст. 368² КК України, не є ні тяжким, ні особливо тяжким, за які відповідно до ст. 59 КК України допускається конфіскація майна як вид покарання. Водночас, на думку вченого, враховуючи ступінь суспільної небезпечності діяння суб'єкта злочину та дані про особу злочинця (не займає відповідальне або особливо відповідальне становище (ч. 1 ст. 368² КК України) чи займає відповідальне або особливо відповідальне становище (частини 2 і 3 зазначеної статті)), під час внесення змін до чинного КК України доцільно зберегти конфіскацію майна як покарання за вчинення вказаного злочину [11, с. 113].

Крім того, якщо злочин (ч. 1 ст. 368² КК України) вчинено вперше, то Г. С. Крайник вважає, що застосовувати одразу конфіскацію майна видається негуманним [11, с. 113].

Натомість науковець наполягає на тому, що до суб'єкта злочину, визнаного винним у вчиненні злочинів, передбачених частинами 1 та 2 ст. 368² КК України, достатнім видається застосування спеціальної конфіскації (передбачена ст. 96³ КК України «Спеціальна конфіскація»; не є видом покарання, полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна, у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення злочину, передбаченого статтею 354 та статтями 364, 364, 365, 368-369 розділу XVII Особливої частини цього Кодексу, або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого зазначеними статтями). Спеціальна конфіскація, гадає автор, дозволить вилучити лише незаконно нажите майно, а не усе майно суб'єкта злочину. Якщо ж буде встановлено і доведено у передбаченому законом

порядку, що майже всі статки суб'єкта злочину (квартири, побутова техніка, машини тощо) здобуті незаконно, то цілком достатньо буде призначення спеціальної конфіскації, адже було б несправедливо залишати усі вказані статки у такої особи, тому що майно здобуте злочинним шляхом [11, с. 113].

Попри слушність зауважень Г.С. Крайника, вважаємо помилковими пропозиції науковця зазначити спеціальну конфіскацію у санкції ст. 368² КК України, тому що спеціальна конфіскація не є видом покарання.

І наостанок, беручи до уваги прагнення теперішнього Президента України відновити кримінально-правову норму про незаконне збагачення, яке проявляється у його активній законодавчій ініціативі, треба звернути увагу науковців і правозастосовників на те, що після внесення змін до КК України і встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення дія нової норми почнеться лише з моменту (дня) внесення таких змін. Проте усі випадки незаконного збагачення до тих змін вважатимуться декриміналізованими (незлочинними), через те що КК України, як закон про кримінальну відповідальність, має зворотню дію тільки, якщо він будь-яким чином покращує становище особи (підозрюваного, обвинуваченого, засудженого). А введення (відновлення) кримінальної відповідальності сюди не належить.

Водночас для того, щоб притягнути службову особу до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за неправомірно (незаконно) набуте нею майно у період до відновлення кримінально-правової норми, все-таки буде можливо, якщо така суб'єкт цього злочину продовжить свою злочинну діяльність і після відповідних змін до КК України. Відтак уникнути кримінальної відповідальності за незаконне збагачення зможуть виключно особи, які припинять таку діяльність до моменту початку дії нової редакції статті КК України. Водночас висновок про те, що кримінально караним у такому разі буде лише те незаконне збагачення (той обсяг майна чи доходів, здобутих незаконно), яке почалося з дня введення кримінальної відповідальності, вважаємо помилковим, позаяк варто розмежувати момент початку кримінальної відповідальності і момент початку протиправного (незаконного) набуття майна чи одержання доходів, оскільки навіть якщо кримінальна відповідальність за певне діяння відсутня, це не означає, що воно є правомірним (законним).

Додатково зазначимо, що обґрунтованість вищесказаного доводить і те, що 31 жовтня 2019 року КК України було доповнено ст. 368⁵, яка, по суті, відновила дію статей 368¹ і 368² КК України. А її ефективність, конституційність і наукова обґрунтованість, своєю чергою, є темою для наступних наукових розвідок.

Висновки. Підсумовуючи викладене у цій статті, зазначаємо, що запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є важливим інструментом кримінально-правової політики держави. Цей процес є доволі тривалим, який зі змінним успіхом триває вже одне десятиліття. А проте більшість науковців, міжнародний досвід і соціально-економічне та політичне становище у нашій державі, охопленій корупцією, показують, що норма про незаконне збагачення має бути у КК України. Можливо, у дещо іншій редакції, ніж та, яку було визнано неконституційною. Водночас слід визнати, що потребують подальшого дослідження і, ймовірно, перегляду наукові положення щодо презумпції невинуватості, принципів кримінального права і процесу у контексті їхнього застосування під час притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення тощо. Особливо враховуючи, що кримінальну відповідальність за незаконне збагачення незабаром все-таки було відновлено.

ЛІТЕРАТУРА

1. Богуш Г.И. Коррупция и международное сотрудничество в борьбе с ней : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2004. 194 с.
2. Гарбазей Д.О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект. *Альманах міжнародного права*. 2014. Вип. 4. С. 84–94.
3. Гарбазей Д.О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2013. Вип. 6. С. 212–217.
4. Дудоров О., Тертиченко Т. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2011. № 3. С. 28–34.
5. Книженко О.О. Теоретичні засади встановлення санкцій у кримінальному праві : монографія. Харків : Акта, 2013. 384 с.
6. Коломієць Ю.Ю. Невідворотність кримінальної відповідальності: правова природа та зміст : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2005. 17 с.
7. Колосов Ю. Ответственность в международном праве. Учебник : Москва : Юридическая литература, 1975. 255 с.
8. Конвенція Африканського союзу о предупреждении и противодействии коррупции : ООН. Веб-сайт. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/corruption.shtml (дата звернення: 22.09.2020).
9. Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. *Правова система Нормативні акти України*. Веб-сайт. URL: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1014.436.3&nobreak=1> (дата звернення: 22.09.2020).
10. Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності. *Інтернет-портал Ліга: Закон*. Веб-сайт. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU00144.html#480527 (дата звернення: 22.09.2020).
11. Крайник Г.С. Корупційний злочин, передбачений статтею 368-1 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення»: питання удосконалення санкцій. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції* : зб. матеріалів доп. учасників V Міжнар. наук.-практ. конф. Харків, 2017. С. 113–114.
12. Кубальський В. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в контексті принципу презумпції невинуватості. *Репозитарій Національного авіаційного університету України*. Веб-сайт. URL: [http://er.nau.edu.ua/jspui/bitstream/NAU/1882/1/Kubalskiy%20РЕД_23%20березня%202013%20\(2\).rtf](http://er.nau.edu.ua/jspui/bitstream/NAU/1882/1/Kubalskiy%20РЕД_23%20березня%202013%20(2).rtf) (дата звернення: 22.09.2020).
13. Кубальський В.Н. Незаконне збагачення: аналіз новели кримінального законодавства. *Юридичний вісник*. 2013. № 3(28). С. 146–150.
14. Михайленко Д.Г. Норми про незаконне збагачення як елемент завершального рубежу протидії корупції в Україні. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2015. Т. 15. С. 244–256.
15. Мілова Т. М. Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення (ст. 368-2 КК) у контексті реформування розділу XVII Кримінального кодексу України. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 4. С. 165–168.
16. Міщенко М. О. Окремі аспекти запобігання вчиненню незаконного збагачення. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*. зб. матеріалів доп. учасників V Міжнар. наук.-практ. конф. Харків, 2017. С. 129–130.
17. Озерова М. Кто и как охотится на чиновников, скрывающих доходы. *Московский Комсомолец*. № 26185. 14 марта 2013 г. URL: <http://www.mk.ru/politics/russia/interview/2013/03/13/825520-strashnyiy-son-naslednikov-koreyko.html>.
18. Прошко П. Сравнительно-правовой анализ деклараций о доходах и имуществе в различных странах. Проектно-учебная Лаборатория Антикоррупционной Политики НИУ Высшая Школа Экономики. 2011 г. С. 13. URL: askjournal.ru/uploads/docs/declaration_analisis_rulap.doc
19. Руководство для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции. Второе исправленное и дополненное издание. Управление ООН по наркотикам и преступности. Нью-Йорк. 2012. С. 284 URL: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_R.pdf
20. Тютюгін В. І. Новели кримінального законодавства щодо посилення кримінальної відповідальності за корупційні злочини: вирішеня проблеми чи проблеми для вирішення. *Юридичний вісник України*. 2010. № 6. URL: http://www.yurincom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=5364&jid=361
21. Яковлев Д.Л. Правові проблеми незаконного збагачення. Європейське і національне кримінальне право: шляхи та перспективи розвитку. Третє юридичне читання : зб. матеріалів Міжнар. наук. конф. студентів та аспірантів / за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. Одеса, 2007. С. 218–220.
22. Case of John Murray v. The United Kingdom (Application № 18731/91), judgment, 8 February 1996. URL: <http://hudoc.echr.coe.int>.
23. Case of van Vondel v. the Netherlands (Application № 38258/03), judgment, 23 march 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int>.
24. Davor Derencinović Criminalization of Illegal Enrichment. *Freedom from Fear*. July 2009. Issue 4. P. 18–23. URL: http://www.freedomfromfearmagazine.org/index.php?option=com_content&view=article&id=144:criminalization-of-illegal-enrichment&catid=47:issue-4&Itemid=183.
25. Nelly Gacheri Kamunde. THE CRIME OF ILLICIT ENRICHMENT UNDER INTERNATIONAL ANTI-CORRUPTION LEGAL REGIME. Non-Peer Reviewed Articles. *KLR Journal*. URL: <http://www.kenyalaw.org/klr/index.php?id=426>.
26. On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption. Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias, Tammar Berger. Washington, DC: WorldBank. DOI: 10.1596/978-0-8213-9454-0. 2012. P. 106. URL: https://star.worldbank.org/sites/star/files/on_the_take_criminalizing_illicit_enrichment_to_fight_corruption.pdf.