

Михайленко Д.Г.

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
докторант кафедри кримінального права, кандидат юридичних
наук,
доцент*

**ПРОВЕДЕННЯ ТЕСТУ НА ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ЩОДО НОРМИ
ПРО НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Введення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення (у моделі ст.20 Конвенції) та ефективна дія такого правового інструменту неминує пов'язані із необхідністю обмеження деяких прав людини (принципу презумпції невинуватості, права не свідчити проти себе тощо) та законодавчого закріплення можливості та умов такого обмеження. Пропоновані способи обійти чи завуалювати означені втручання в основоположні права людини були відкинуті при затвердженні чинної редакції ст.20 Конвенції ООН проти корупції (далі – Конвенція) та приречені вихолощувати суть і дієву силу норми про незаконне збагачення. Разом із тим, не слід зміщувати правові проблеми, які виникають при реалізації ст.20 Конвенції, з дискусії про баланс у доказуванні, який встановлюється системою тягара доказування, і переносити їх у площину безпосереднього порушення презумпції невинуватості, оскільки теза про порушення конструкцією незаконного збагачення концептуальних основ кримінального права є значним перебільшенням, яке стримує правоохоронну систему у протидії сучасній корупції та використовується особами, які не бажають проводити модернізацію існуючого неефективного антикорупційного правового механізму.

У контексті наведеної проблеми необхідно звернути увагу, що ще у 2006 році Європейська комісія узагальнила практику Європейського суду з прав

людини (далі – Суд) щодо презумпції невинуватості і виявила три ситуації, коли тягар доведення не лежить цілком на стороні обвинувачення: (a) *strict liability offences* (злочини суворої відповідальності), (б) *offences where the burden of proof is reversed* (злочини, де тягар доведення при визначених умовах частково перекладається на обвинуваченого) і (c) *when a confiscation order is made* (у випадках здійснення конфіскація майна). У першому випадку обвинувачення має представити докази, щоб довести, що обвинувачений вчинив діяння (*actus reus*), але не повинні доводити, що він мав намір діяти таким чином чи спричинити такий результат (*mens rea*). У другому випадку обвинувачення має довести, що обвинувачений діяв певним чином, і у цьому разі останній повинен показати, що його дії були здійснені за відсутності вини. Третій випадок стосується справ про відновлення активів за рахунок обвинуваченого або третьої сторони, де тягар доведення може бути перенесений у припущенні того, що активи є доходами від злочинів, що власник активів повинен спростувати[1]. Усі наведені випадки перенесення тягаря доказування, як слідує із контексту узагальнення, повинні бути передбаченими національним законодавством. Зазначене демонструє, що обмеження принципу презумпції невинуватості у частині перерозподілу тягаря доказування є допустимим із точки зору Європейського Союзу та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 року.

Разом із тим, в Україні наукові розробки щодо критеріїв та меж втручання у права людини не знайшли свого належного розвитку. При їх дослідженні слід взяти до уваги, що сучасна концепція основних прав і свобод не може тлумачитися у межах вузьких рамок лібералізму[2]. У цьому контексті слушною є думка проф. В.О. Тулякова, за якою при забезпеченні охорони громадського порядку й суспільної безпеки у сучасних умовах обов'язком кожної демократичної держави є визначення меж між процесом реалізації політичних прав та свобод, законних інтересів громадян і порушеннями громадського порядку, у тому числі при проведенні масових заходів

суспільно-політичними силами й окремими групами громадян[3, с.10]. Зазначене показує необхідність застосування тесту на пропорційність на полі дії кримінального права України.

На сьогодні названий тест в Європі є найбільш прийнятним методом визначення міри обмеження тих чи інших прав людини і складається із трьох компонентів (критеріїв), які структуровані як етапи. При вирішенні питання допустимості обмеження нормою про незаконне збагачення елементів принципу презумпції невинуватості за основу слід брати саме тест на пропорційність, оскільки його структура є більш конкретною і апробованою Судом. Технологія цього тесту дозволяє визначити чи є можливим втручання (обмеження) відповідного права чи законного інтересу визначеним заходом за відомих обставин. Застосування тесту на пропорційність Судом утворило практику, дослідження та використання якої дозволяє правильно провести такий тест в Україні з метою виявлення можливості впровадження до КК України норми про незаконне збагачення у моделі ст.20 Конвенції.

Так, при визначенні *легітимності мети обмеження* принципу презумпції невинуватості, слід виходити із того, що цілями, які у першу чергу досягаються при реалізації норми про незаконне збагачення є викривати і карати корупцію, чим зменшувати її рівень та більшою мірою наблизитися до

реалізації невідворотності кримінальної відповідальності, тобто уникати безкарності корупції в умовах її надмірного поширення. Згідно ж практики Суду «захист публічного порядку» і «попередження злочинів» при запровадженні заходів, що передбачають обмеження прав людини, є цілями, які повною мірою сумісні з Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (п.70 рішення ЄСПЛ по справі Бельджуді проти Франції від 26.03.1992 року[4]). Із означеного очевидно, що мета, яка переслідується обмеженням принципу презумпції невинуватості із-за впровадження відповідальності за незаконне збагачення є легітимною.

При перевірці норми про незаконне збагачення за критерієм

тесту

«необхідність заходу» важливо продемонструвати, що втручання у принцип презумпції невинуватості при встановленні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є незначним, що покаже низький рівень обтяження права людини розглядуваним заходом. Тут звертає на себе увагу, що при власній оцінці доказів по справі Суд керується критерієм доведеності «за відсутності обґрунтованого сумніву». Така доведеність може бути при наявності як досить вагомих, явних і узгоджених між собою доказів, так і не спростованих припущень щодо наявності певних фактів[5, с.136; 6, с.112]. Крім того слід мати на увазі, що у світлі вимог п.2 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Суд допускає існування у національному законодавстві презумпцій, що переносять тягар доведення невинуватості на обвинуваченого, якщо це обмежено розумними лімітами, які враховують важливість того, що поставлено на карту для обвинуваченого, та забезпечують його право на захист. У таких справах увага приділяється тому, чи була у обвинуваченого можливість ефективно захищатися та спростовувати існування інкримінованих фактів, які презюмуються[7, с.22]. У розвиток наведеного у науковій літературі зазначається, що такий розподіл тягара доказування не створює презумпцію винуватості, а лише спонукає підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінально-процесуальному доказуванні. Таке стимулювання є правомірним за умови, що обставина, яку

необхідно доказати, є об'єктивно досяжною лише підозрюваному, обвинуваченому[8, с.199]. У випадку доказування збільшення активів службової особи незаконним (корупційним) способом конкретних шляхів законного примноження активів службовця є дуже велика кількість і щоб довести невідповідність його майнового стану офіційним доходам обвинуваченню необхідно перевірити і довести відсутність всієї множини можливих законних способів набуття такого майна, що фактично здійснити надзвичайно складно, а часто – неможливо. Напроти у сторони захисту

є можливість вказати на конкретний спосіб примноження майна обвинуваченого і обґрунтувати, що він є законним. Тобто обвинувачення повинно перевірити дуже велику кількість фактів, а захист може обґрунтувати лише один і зробити це не є складним завданням, що дозволяє прийти до висновку про наявність незначної глибини обмеження права людини (принципу презумпції невинуватості) нормою про незаконне збагачення та належного забезпечення права на захист, що у свою чергу свідчить про додержання критерію тесту щодо необхідності заходу.

Особливо цінною для вирішення проблеми, що розглядається, є практика Суду щодо проведення тесту на пропорційність у вузькому розумінні. На цьому етапі тест не вимагає порівняння двох несумірних цінностей [у випадку, що аналізується – це цінність принципу презумпції невинуватості, з одного боку, і національної безпеки чи громадського порядку (*ordre public*), з іншого]. Тут порівнюються не наведені цінності, а глибина порушення кожної із них у випадку застосування і у випадку незастосування обмежень права. Якщо порушення презумпції буде непропорційно більшим при застосуванні обмеження права, чим порушення національної безпеки у випадку його незастосування, то таке обмеження слід відхилити, а якщо навпаки – то визнати, що воно є допустимим і необхідним у демократичному суспільстві.

У розглядуваному випадку метою обмеження одного із елементів принципу презумпції невинуватості є протидія корупції (якщо точніше, то – уникнення безкарності корупції через значне підвищення ефективності при її

викритті і покаранні, для суттєвого зменшення рівня цього явища в умовах її надмірного поширення), розповсюдження якої згідно із ст.7 Закону України

«Про основи національної безпеки України» визнається однією із основних загроз національній безпеці України, стабільності у суспільстві.

Підходи Суду щодо перенесення тягара доказування консолідовані Д.

Макбрайдом[9, с.271-278]. Так, при приблизно такій же (як і у випадку з незаконним збагаченням) глибині порушення принципу презумпції невинуватості (шляхом перенесення тягара доказування щодо окремих обставин на обвинуваченого) метою таких правових приписів та ситуацією їх застосування було: 1) уникнення безкарності порушення правил дорожнього руху шляхом встановлення відповідальності його власника у ситуації, коли неможливо встановити особу, що керувала автомобілем (якщо обвинувачений не доведе, що його автомобілем керувала інша особа проти його волі) («Фалк проти Нідерландів» [10]); 2) уникнення безкарності контрабанди заборонених товарів шляхом встановлення відповідальності за такий злочин особи, яка володіє відповідними предметами (вони знаходяться при ній) (якщо обвинувачений не зможе довести обставини *force majeure*) («Салабіаку проти Франції»[11], «Фам Гванг проти Франції»[12]); 3) попередження вчинення правопорушень компанією шляхом вимоги до керівника компанії належним чином виконувати свої обов'язків по контролю над її діяльністю через встановлення відповідальності директора такої компанії за будь-яке її правопорушення (якщо останній не доведе, що правопорушення було скоєно без його відома і що він вжив всіх заходів для його попередження) («А.Г. проти Мальти»[13]); 4) уникнення легалізації коштів одержаних у результаті торгівлі наркотиками та ухилення від конфіскації майна за такі дії шляхом застосування конфіскації активів одержаних протягом шести років, які передували зазначеному злочині (якщо обвинувачений не зможе довести законність джерела їх походження) («Грейсон і Барнем проти Сполученого Королівства»[14]).

У всіх описаних ситуаціях Суд не визнав, що перенос тягара доказування суперечить п.2 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У контексті дослідження правових проблем інструменту, передбаченого ст.20 Конвенції, описані випадки та їх вирішення Судом цінні тим, що у кожному із них мета, яка переслідувалася обмеженням презумпції

невинуватості, як видається, є менш важливою для демократичного функціонування українського суспільства ніж мета встановлення відповідальності за незаконне збагачення.

Таким чином, застосування тесту на пропорційність з урахуванням практики Суду дозволяє прийти до висновку, що обмеження принципу презумпції невинуватості шляхом перенесення тягара доказування щодо такої обставини, як законність примноження активів, із сторони обвинувачення на сторону захисту (суб'єкта корупційного злочину) за умови попереднього доведення державою значного збільшення активів суб'єкта і невідповідності такого збільшення задекларованим законним доходам при встановленні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є пропорційним з огляду на мету, яка досягається дією цього заходу. Викладе вище показує, що перенос тягара доказування нормою про незаконне збагачення з метою протидії корупції не суперечить п.2 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та узгоджується із приписами ст.62 Конституції України і ст.17 КПК України.

Література:

1. Green Paper - The Presumption of Innocence (COM(2006) 174 final). Commission of the European Communities, Brussels, 26.4.2006 : URL <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52006DC0174>.
2. Савчин М. Основні конституційні критерії обмеження прав людини й основоположних свобод *Вибори та демократія*: Науково-просвітницький правничий журнал. 2008. № 2. С. 21-28.
3. Туляков В.О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014. №2(3). С.1-19.
4. Бельджуди против Франции (Beldjoudi v. France): Постановление Европейского Суда по правам человека от 26 марта 1992 года (жалоба № 12083/86) URL: <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na->

russkom- yazyke/beldzhudi-protiv-francii-postanovlenie-evropejskogo-suda.

5. Аллахвердиев В. Бремя доказывания в практике Европейского суда по правам человека в аспекте доказательственного права Украины, Азербайджанской Республики и Российской Федерации *Судова апеляція*. 2011. № 1. С.133-139.

6. Брэйди Н. Установление фактов: следственные мероприятия Европейского Суда по правам человека *Конституционное право: восточноевропейское обозрение* (Сравнительное конституционное обозрение). 2012. № 5. С. 110-126.

7. Юдківська Г.Ю. Законність переносу тягаря доведення на обвинуваченого в кримінальному процесі з погляду міжнародних стандартів / *Адвокат*. 2007. № 2. С. 22-26.

8. Малахова О.В. Питання розподілу тягаря доказування між сторонами кримінального провадження: деякі нотатки до дискусії *Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні*: тези доповідей та повідомлень учасників звітної наукової конференції ад'юнктів, аспірантів та здобувачів (17 жовтня 2014 р.). Львів: ЛьвДУВС, 2014. С.197-201.

9. Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес К.: «К.І.С.», 2010 .576 с.

10. Decision as to the admissibility of Application no. 66273/01 by Joost Falk against the Netherlands, 19 October 2004 URL: <http://hudoc.echr.coe.int>.

11. Case of Salabiaku v France (Application №10519/83), judgment, 07 October 1988 : URL: <http://www.coe.int>.

12. Case of Pham Hoang v France (Application №13191/87), judgment, 25 September 1992: URL: <http://hudoc.echr.coe.int>.

13. Decision as to the admissibility of Application no. 16641/90 by A.G. against Malta, 10 December 1991:

URL: <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/malta/1991/12/10/a-g-v-malte-1226-16641-90.shtml>.

14. Case of Grayson and Barnham v United Kingdom (Application № 19955/05 and № 15085/06), judgment, 23 September 2008 : URL:
<http://www.coe.int>.