

# ПРЕПЯТСТВИЯ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ НОРМЫ О НЕЗАКОННОМ ОБОГАЩЕНИИ В НАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВО



Д. Г. МИХАЙЛЕНКО,  
докторант кафедры уголовного права Национального  
университета «Одесская юридическая академия»  
(г. Одесса, Украина), к. ю. н.

В статье исследуются теоретические и нормативные положения национальных систем права Украины и Казахстана, которые могут блокировать полноценную реализацию нормы о незаконном обогащении (в смысле ст. 20 Конвенции ООН против коррупции). Устанавливается, что основным препятствием введения в правовые системы Украины и Казахстана исследуемого антикоррупционного инструмента является принцип презумпции невиновности. Обосновывается вывод о необходимости изучения возможности и целесообразности частичного ограничения действия этого принципа нормой о незаконном обогащении в целях противодействия коррупции.

*Ключевые слова:* коррупция, коррупционные преступления, Концепция ООН против коррупции, многорубежная модель уголовно-правового противодействия коррупции, незаконное обогащение, принцип презумпции невиновности, бремя доказывания, презумпции в уголовном праве.

**Н**еобходимость противодействия коррупционным преступлениям не требует особого объяснения, а последствия коррупции для страны являются общеизвестными и ощущаются каждым членом общества. В соответствии с ежегодными отчетами международной организации «Transparency International» Украина традиционно оценивается как государство со значительным уровнем коррупции. Так, в 2013 году Украина занимала 144 место в мире с баллом 25,<sup>1</sup> а по результатам 2014 года наше государство так и не преодолело рубеж «коррупционного позора», получив лишь один дополнительный балл по сравнению с 2013 годом, и остается в клубе тотально коррумпированных государств (26 баллов из 100 возможных и 142 место из 175 позиций).<sup>2</sup> Несмотря на возможное скептическое отношение к индексу восприятия коррупции с точки зрения его методологии, этот показатель ставит Украину в один ряд со странами, которые считаются наиболее

© Д. Г. Михайленко, 2015

<sup>1</sup>Глобальна порівняльна таблиця індексу корупції CPI-2013 [Електронний ресурс]. – <http://ti-ukraine.org/content/4039.html>.

<sup>2</sup>І через рік після Майдану Україна лишається найкорумпованішою країною Європи: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ti-ukraine.org/corruption-perceptions-index-2014>.

коррумпированными, а это негативно влияет на международный авторитет, инвестиционную привлекательность страны и т.д. Несколько лучшие результаты по индексу восприятия коррупции зафиксированы для Казахстана, который в 2014 году был размещен на 126 месте с баллом 29.

Вместе с тем, значительная коррумпированность управленческих институтов не отражается в данных официальной статистики относительно характеристик преступности в Украине, размещенных на сайтах Генеральной прокуратуры Украины ([gp.gov.ua](http://gp.gov.ua)) и Министерства внутренних дел Украины ([mvs.gov.ua](http://mvs.gov.ua)), по которым служебные преступления традиционно составляют небольшой удельный вес в структуре преступности. Так, за 2014 год всего зафиксировано 529 139 преступлений, а из них те, которые квалифицируются по статьям раздела XVII УК Украины «Преступления в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг» только 15 560 (удельный вес 2,9%); в 2013 году эти цифры были соответственно 563 560 и 16 586 (2,9%); в 2012 году – 483 998 и 15 124 (3,1%); в 2011 – 515 833 и 15 969 (3,1%); в 2010 – 500902 и 17980 (3,6%); в 2009 году – 434 678 и 17 648 (4,1%); в 2008 году – 384 424 и 15 495 (4%); в 2007 – 401 293 и 15 555 (3,9%); в 2006 – 420 900 и 16 396 (3,9%); в 2005 – 485 725 и 17 922 (3,7%). Приведенная официальная статистика значительно отличается от данных о характеристиках коррупции, получаемых другими способами, и показывает скорее возможности и желание правоохранительных органов фиксировать коррупционные преступления. В то же время, стабильность основных показателей коррупции взятых как из официальных, так и из неофициальных источников свидетельствует, что реформа антикоррупционного законодательства, которая проводится в Украине с 2009 года, не ограничивает реальные коррупционные практики. Кроме того, ситуация, при которой согласно официальным данным группа преступлений занимает небольшую долю в структуре преступности, а их проблематике посвящается значительное внимание в научных разработках, является дополнительным подтверждением высокого уровня латентности коррупционной преступности в Украине и значительного ее распространения.

Привычные механизмы уголовно-правового противодействия коррупционным преступлениям долгое время сводились и сводятся сегодня к наличию одного рубежа – установление запрета конкретных коррупционных деяний, которые являются общественно

опасными. Разветвленная дифференциация оснований уголовной ответственности за коррупционные преступления, которая была внедрена в Украину, принципиально не изменила сам институт коррупционных преступлений, который по сути находится еще в модели, выработанной в годы СССР с учетом существующих в те времена институтов управления и объемов коррупции. Как представляется, аналогичную характеристику можно дать и УК Республики Казахстан от 03.07.2014 года (далее – УК РК). Так, согласно перечню коррупционных преступлений (п. 29 ст. 3 УК РК), к ним относятся исключительно деяния, которые также образуют один рубеж уголовно-правового противодействия коррупции. Следует обратить внимание, что уголовно-правовой механизм противодействия коррупции, который предусмотрен УК РК значительно отличается от того, который закреплен в УК Украины. Так, ключевая разница выражается в том, что в УК РК: 1) преступления служащих частного сектора (ст. ст. 250, 251, 253 УК РК) не считаются коррупционными [хотя ратифицированная Казахстаном в 2008 г. Конвенция ООН против коррупции (далее – Конвенция) относит такие деяния к коррупционным преступлениям]; 2) не реализована, как того требует ст. 26 Конвенции, ответственность юридических лиц за совершение коррупционных преступлений; 3) не внедрена в соответствии со ст.20 Конвенции уголовная ответственность за незаконное обогащение. Сравнение же УК РК 2014 г. с УК РК 1997 г. в части оснований уголовной ответственности за коррупционные преступления показало, что принципиальных изменений в этом направлении не произошло.

Вместе с тем, реалии коррупционных отношений в Украине уже давно требуют принципиально новых решений, в том числе и в плоскости уголовного права. Здесь следует особое внимание обратить на современное понимание сущности коррупции как институционализированного явления. Институционализация коррупции проявляется в том, что коррупционные отношения настолько тесно вплелись в ткань политических, экономических, правовых отношений, что стали выполнять регулятивную функцию и присвоили часть функций легальных социальных институтов. Как следствие, в обществе сформировалась особая культура, которую можно назвать коррупционной субкультурой. Коррупционная практика обнаруживает себя как один из устоявшихся видов социальной практики.<sup>3</sup> Указанное свойство современной коррупции на уровне концепции обосновал проф. В.Н. Дрёмин.<sup>4</sup> Подобные наблюдения фиксируются и другими учеными. Так, отмечается, что коррупция обусловлена и тем обстоятельством, что одни лишь формальные, закрепленные в законах и иных нормативных правовых актах отношения между государственными и негосударственными структурами не могут обеспечить полноценного функционирования системы государственного управления и объективно в любом обществе дополняются неформальными отношениями. Специфическим видом этих неформальных отношений и является коррупция.<sup>5</sup>

<sup>3</sup>Дрёмин В. М. Институциональна концепція злочинності / В. М. Дрёмин // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2013. – № 1 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik\\_yg/1/23.pdf](http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/1/23.pdf).

<sup>4</sup>Дрёмин В.Н. Преступность как социальная практика : Институциональная теория криминализации общества : монография / В.Н. Дрёмин ; ОНЮА. Одесса: Юрид. л-ра, 2009. – 616 с.

<sup>5</sup>Мауленов Г.С. Имплементация международно-правовых норм в антикоррупционное законодательство Республики Казахстан / Г.С. Мауленов // Право и государство. 2014. № 1 (62). С. 85 (С. 84-88).

С учетом указанного, новая модель уголовно-правового противодействия коррупции может быть построена по принципу «многорубежности», когда уголовно-правовые запреты будут реализовываться не только в отношении конкретных коррупционных деяний (основной рубеж), но и в отношении поведения, которое еще не является коррупционным деянием, но формирует определенный коррупционный риск, наличие которого уже является общественно опасным (предварительный рубеж), а также в отношении дальнейших объективных проявлений совершенных в прошлом актов коррупции, которые остались латентными (заключительный рубеж).

Дополнительным подтверждением перспективности такого подхода является то, что борьба с коррупцией путем установления ответственности на основании побочных признаков коррупции (принцип незаконного обогащения) предполагается Концепцией долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2020 года<sup>6</sup> как один из шагов формирования институциональной среды инновационного развития, что является вполне обоснованным. Схожей с обозначенной является модель эшелонирования уголовно-правового противодействия коррупции, которая очерчена только в общих чертах в литературе<sup>7</sup> и отличается от указанной выше содержанием рубежей.

Конструирование многорубежной модели уголовно-правового противодействия коррупции предусматривает последовательную разработку отдельных ее составляющих, в частности такого инструмента, как уголовная ответственность за незаконное обогащение как элемент заключительного рубежа, что демонстрирует актуальность такого исследования. Вместе с тем, очерченная задача не может быть решена в одной статье, что обуславливает необходимость ее сегментации. В связи с этим, целью данной статьи является установить, какие положения (как теоретические, так и нормативные) систем права Украины и Казахстана могут быть расценены как такие, которые блокируют полноценную реализацию нормы о незаконном обогащении (в смысле ст. 20 Конвенции) и определить их истинное соотношение с составом исследуемого преступления.

Норма о незаконном обогащении была введена в УК Украины и в дальнейшем корректировалась в целях выполнения обязательств взятых Украиной в результате подписания 11.12.2003 года в Мерида (Мексиканские Соединенные Штаты) и ратификации 18.10.2006 года Конвенции ООН против коррупции, а конкретнее – ее ст. 20, согласно которой, при условии соблюдения своей конституции и основополагающих принципов своей правовой системы каждое Государство-участник рассматривает возможность принятия таких законодательных и других мер, которые могут потребоваться для признания преступлением умышленного незаконного обогащения, то есть значительного увеличения активов публично-должностного лица, превышающего его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать. В Казахстане предлагалось ввести понятие «незаконное обогащение» и соответствующую ему ответственность при превышении расходов над со-

<sup>6</sup>Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (утверждена распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р) : [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.economy.gov.ru>.

<sup>7</sup>Борков В.Н. Предпосылки формирования трех рубежей уголовно-правового предупреждения коррупции / В.Н. Борков // Научный вестник Омской академии МВД России. 2009. № 4 (35). С. 18-19.

вокупным семейным доходом за последние три года,<sup>8</sup> но такие предложения не так и не реализовались в УК РК.

Вместе с тем, такой подход Конвенции не является новым или уникальным. Так, согласно ст. 9 Межамериканской конвенции против коррупции от 29.03.1996 года в соответствии со своей Конституцией и основными принципами своей правовой системы каждое Государство-участник, которое еще не сделало этого, должно принять необходимые меры для установления по своему законодательству как преступления существенного увеличения имущества правительственного чиновника, которое он не может разумно объяснить в отношении его законных заработков при осуществлении своих функций. Согласно же ст.1 Конвенции Африканского союза о предупреждении и борьбе с коррупцией от 12.07.2003 года незаконное обогащение означает значительное увеличение активов публичного должностного лица или любого другого лица, которое оно не может разумным образом обосновать исходя из своего дохода. Такое деяние согласно ст. 8 этой конвенции Государства-участники должны признать преступлением. Исследование международных стандартов уголовно-правового противодействия коррупции позволило проф. Зелинской Н.А. отметить, что конвенционные положения относительно установления уголовной ответственности за незаконное обогащение являются важным антикоррупционным механизмом,<sup>9</sup> с чем следует полностью согласиться.

Не сложно обнаружить, что формулировка состава незаконного обогащения в международных документах существенно отличается от того, которое содержится в ст. 368-2 УК Украины (наказывается приобретение лицом, уполномоченным на выполнение функций государства или местного самоуправления, в собственность активов в значительном размере, законность оснований приобретения которых не подтверждено доказательствами, а также передача ими таких активов любому другому лицу). Основные и принципиальные отличия заключаются в том, что 1) норма Уголовного закона Украины не содержит положения, согласно которому прямо возлагается бремя доказывания законности значительного увеличения активов на самого публичного служащего, чье имущественное состояние выросло непропорционально задекларированным доходам; 2) Конвенция прямо указывает на отсутствие необходимости установ-

<sup>8</sup>В РК предлагают ввести термин «незаконное обогащение»: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kapital.kz/gosudarstvo/13919/v-rk-predlagayut-vesti-termin-nezakonnoe-obogashenie.html>; Финпол РК предложил ввести ответственность за незаконное обогащение : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://bnews.kz/ru/news/post/193711>.

<sup>9</sup>Зелинская Н.А. Международные преступления и международная преступность / Н.А. Зелинская ; Одесская нац. юрид. акад. Одесса : Юрид. лит., 2006. С.261 (565 с.).

ливать общественно опасное деяние и предусматривает наказуемость именно значительного увеличения активов (последствие), в то время как по УК Украины необходимо установить именно приобретение в собственность активов (до изменений от 12.02.2015 года – приобретение в собственность имущества, а до изменений от 14.10.2014 года – получение неправомерной выгоды) или передачу таких активов любому другому лицу, что является деяниями.

Указанные несоответствия нормы о незаконном обогащении по УК Украины обусловили возможность возложения на нее функций элемента как основного, так и заключительного рубежа противодействия коррупции. При этом фактически ст.368-2 УК Украины полноценно применяется только в качестве резервного основания для уголовной ответственности за получение (приобретение) неправомерной выгоды при отсутствии в действиях коррупционера признаков другого преступления, то есть как элемент основного рубежа. Основная же задача, которую стремился решить законодатель, – предусмотреть в УК Украины аналог ст. 20 Конвенции, не достигнута и причиной этого являются обозначенные выше различия. При этом, состав незаконного обогащения, который предлагается Конвенцией, в отличие от ст. 368-2 УК Украины, не может быть использован как элемент основного рубежа и предназначен для привлечения к ответственности за коррупционные деяния только в тех случаях, когда не удалось разоблачить лицо в совершении конкретного деяния, однако существенное увеличение его активов позволяет обоснованно прийти к выводу, что такие деяния имели место в прошлом. Введение же ответственности за незаконное обогащение в Украине путем введения конструкции состава, который был закреплен ст.ст. 368-1, 368-2 УК Украины и содержится в действующей редакции ст. 368-2 УК Украины, не привело к выполнению Украиной ст. 20 Конвенции. Таких ошибок следует избегать при внедрении нормы об ответственности за незаконное обогащение в Казахстане.

В связи с изложенным, важным является изучение целесообразности и возможности совершенствования уголовно-правового механизма противодействия коррупции в Украине за счет полноценной реализации в пределах УК Украины нормы о незаконном обогащении в понимании ст. 20 Конвенции. В юридической литературе уже накоплен некоторый материал по введению ответственности за незаконное обогащение в том смысле и с теми признаками, как это предусмотрено ст. 20 Конвенции. В этом случае обращает на себя внимание, что все противники криминализации незаконного обогащения в первую очередь исходят из того, что ст. 20 Конвенции нарушает принцип презумпции невиновности, что является основным аргументом против ее введения в национальное





законодательство. Обозначенной точки зрения придерживаются в частности такие известные юристы, как А.И. Алексеев, И. Богуш, А.А. Дудоров, В.Н. Киричко, В.И. Михайлов, Ю.П. Синельщиков, В.И. Тютюгин и другие.

Так, отмечается, что наличие у лица обязанности обосновать увеличение собственных активов воспринимается не иначе как обязанность доказать законность их происхождения, а следовательно подтвердить соблюдение законодательства и правомерность своих действий,<sup>10</sup> и как следствие – отсутствие своей вины.<sup>11</sup> О переносе бремени доказывания на обвиняемого (в том числе в рассматриваемой ситуации) можно говорить лишь после внесения концептуальных изменений в ст. 62 Конституции Украины, согласно которой никто не обязан доказывать свою невиновность в совершении преступления. Формулировка уголовно-правовой нормы о незаконном обогащении в ключе, рекомендованном Конвенцией, однозначно противоречила бы приведенному конституционному правилу.<sup>12</sup> Аналогичная норма действует и в Казахстане, где в соответствии с ч. 2 ст.19 УПК никто не обязан доказывать свою невиновность.

Согласно докладу Группы по обзору осуществления Конвенции ООН против коррупции<sup>13</sup> большое количество стран не внедрило уголовную ответственность за незаконное обогащение ввиду различных причин, основной из которых является конституционные препятствия. Так, в большинстве стран из группы африканских государств внедрению уголовной ответственности за незаконное обогащение мешают препятствия конституционного (нарушение принципа презумпции невиновности) или практического характера (сложность возбуждения дела из-за трудностей, связанных с проведением финансового контроля, оценкой чистой стоимости имущества, выявлением и арестом активов и т.п.) (п.15 указанного выше доклада). Уголовная ответственность за незаконное обогащение предусмотрена только в двух из девяти государств Восточной Европы, хотя в одном из них соответствующее положение считается расплывчатым и неконкретным (в докладе не называются конкретные страны, однако скорее всего в последнем случае речь идет об Украине).

В большинстве стран этого региона установлению данного состава преступления препятствуют конституционные нормы (положения о бремени доказывания, презумпции невиновности и другие особенности законодательства) (п.17 доклада). Как отмечается в п.18 доклада, который анализируется, все государства-участники из группы западноевропейских и некоторых других государств сообщили, что установление уголовной ответственности за незаконное обогащение препятствуют конституционные ограничения, касающиеся презумпции невиновности и переноса бремени доказывания.

<sup>10</sup>Гізімчук С.В. Механізм забезпечення дії положень ст.11 Загальної Декларації прав людини при притягненні до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення (ст. 368 КК України) / С.В. Гізімчук // Питання боротьби зі злочинністю. 2010. Вип. 19. С. 276-279.

<sup>11</sup>Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. Х.: Право, 2013. С. 226 (424 с.).

<sup>12</sup>Дудоров О. Незаконне збагачення : сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О. Дудоров, Т. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури України. 2011. № 3. С. 28-34.

<sup>13</sup>Обзор хода осуществления Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции [Осуществление главы III (Криминализация и правоохранительная деятельность) Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции на региональном уровне] (CAC/COSP/IRG/2013/1) (Вена, 27-31 мая 2013 года) : [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://cms.unov.org>.

Вместе с тем, в большинстве из девяти государств Азиатско-Тихоокеанского региона конституция и законодательство не препятствуют установлению уголовной ответственности за незаконное обогащение (данный состав предусмотрен в пяти государствах-участниках из этого региона, а в трех других готовится соответствующее законодательство) (п.16 доклада).

Кроме выше указанного довода, который является основным препятствием для введения ответственности за незаконное обогащение по типу ст. 20 Конвенции, приводятся также и другие аргументы, сумма которых демонстрирует поле проблем, связанных с этим нетипичным для отечественного уголовного права инструментом противодействия коррупции. Здесь следует отметить, что позиции, которые исключают возможность уголовной ответственности за незаконное обогащение, оперируют не отдельными аргументами для такого вывода, а используют их комбинациями, в центре которых находится тезис о нарушении принципа презумпции невиновности.

Кроме ссылки на нарушение нормой о незаконном обогащении принципа презумпции невиновности дополнительно отмечается, что подобно другим нормам, Конвенция требует умышленного характера деяния [«когда оно (преступление) осуществляется умышленно»]. В данном случае непонятно, по отношению к какому деянию должна устанавливаться вина в форме умысла, так как «значительное увеличение активов» не является действием (бездействием) лица, а его последствием. В таком случае действие (бездействие) презюмируется и не требует доказывания, что противоречит положению классического уголовного права об ответственности лица только за свои виновные действия (бездействия),<sup>14</sup> что следует из ч.1 ст.2 и ч.1 ст.11 УК Украины и ст.4 и ч.2, 3 ст.10 УК РК. На такое замечание следует отметить, что в международном праве понятие вины имеет несколько иное функциональное назначение и содержание по сравнению с национальным правом. Последнее подтверждается также тем, что как в Межамериканской конвенции против коррупции от 29.03.1996 года, так и в Конвенции Африканского союза о предупреждении и борьбе с коррупцией от 12.07.2003 года среди признаков состава незаконного обогащения умысел не упоминается. В этом контексте представляется, что указание Конвенции на умышленный характер незаконного обогащения призвано устранить возможность конструирования в национальном праве таких оснований уголовной ответственности за это преступление, которые предусматривали бы среди прочего возможность осуждения лица в ситуациях, когда существенное увеличение его активов, которое не согласуется с его легальными доходами и не может быть им рационально обосновано, произошло за пределами осознания, воли и контроля такого лица и не было его целью. Например, внесение без каких-либо оснований на счет субъекта незаконного обогащения денежных средств без его ведома с целью дальнейшего инициирования уголовной ответственности. При этом во избежание использования такого объяснения увеличения активов самым публичным служащим с целью уклонения от уголовной ответственности, наряду с составом незаконного обогащения следует предусмотреть нормативное положение, согласно которому в случае выявления этим служащим необоснованного увеличения своих имущественных активов, которое произошло за пределами его осознания, воли и контроля и не было целью субъекта незаконного обогащения, последний обязан безотлагательно (в разу-

<sup>14</sup>Богуш Г.И. Коррупция и международное сотрудничество в борьбе с ней / Г.И. Богуш : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 : Москва, 2004. С. 114 (194 с.).

мый срок) письменно уведомить об этом соответствующий уполномоченный антикоррупционный орган, иначе такое обогащение должно считаться умышленным (в приведенном смысле) и влечь ответственность на общих основаниях.

Кроме того, в то время, когда в уголовном праве понятие вины (как умысла, так и неосторожности) сконструировано исходя из признаков материального состава преступления (ст.ст. 23-25 УК Украины, ст.ст. 20, 21 УК РК), в преступлениях с формальным составом прямой умысел выражается лишь в том, что лицо осознает общественно опасный характер деяния при его совершении.<sup>15</sup> При этом следует согласиться с А.Н. Трайниным, что нет преступлений, которые не несут вреда объекту, потому что это парадокс в самом себе.<sup>16</sup>

Таким образом, виновное отношение к последствиям преступления (в данном случае – к негативным изменениям в охраняемых общественных отношениях) с формальным составом, которые будут выражаться в причинении или возможности причинения существенного вреда физическому или юридическому лицу, обществу или государству, что исходя из положений ч. 2 ст. 11 УК Украины и ч. 4 ст. 10 УК РК является обязательным для избежания признания такого деяния малозначительным, как и сами последствия – презюмируется. В связи с этим, презюмирование деяния в составе незаконного обогащения, как и презюмирование последствий в формальных составах преступлений, является лишь приемом юриспруденции, который основанный на предположении о наличии в прошлом противоправного коррупционного деяния (деяний) в случае установления наступления соответствующего последствия (существенное увеличение активов). Как представляется такая опровержимая презумпция в полной мере имеет право на существование и правовую регламентацию, поскольку опирается на подтвержденную жизненным опытом связь между фактами [фактом, который допускается (наличие противоправного коррупционного деяния), и фактом, который является установленным (существенное увеличение активов публичного служащего)], и будет способствовать эффективности действия исследуемого института уголовного права.

Также следует отметить, что приведенное возражение о внедрении нормы о незаконном обогащении, которое основывается на легальном определении преступления исключительно как деяния, не является убедительным, ведь в контексте состава, описанного в ст.20 Конвенции, незаконное обогащение хотя и идентифицируется по результату – значительное увеличение активов, но этот результат связан причинной связью с ранее совершенным деянием или деяниями. Ведь очевидно, что увеличение активов должностного лица не может произойти без совершения им деяния. С учетом этого, следует поддержать точку зрения В.Н. Боркова, который считает, что в случае если последствия преступного поведения поддаются фиксации, но возникают серьезные проблемы с установлением конкретных обстоятельств причинения вреда встает вопрос о допустимости описания состава преступления посредством указания на особенности субъекта и результатов его преступной деятельности, не требуя от правоприменителя установления деяния, его способа и других обстоятельств. Если считается возможным презюмировать последствия (в конструкциях

<sup>15</sup>Злобин Г.А., Никифоров Б.С. Умысел и его формы / Г.А. Злобин, Б.С. Никифоров. М. : Юрид. лит., 1972. С. 111 (264 с.).

<sup>16</sup>Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления / А.Н. Трайнин. М.: Госюриздат, 1957. С. 144 (264 с.).

формальных составов), так почему бы не презюмировать наличие действия или даже преступной деятельности лица на основании ее результатов. Подобные составы можно было бы назвать, например, результативными.<sup>17</sup> В пользу этой идеи и дополнительным контраргументом выступает практика широкого использования во всех правовых государствах техники презумпций. Объяснять же невозможность введения нормы о незаконном обогащении тем, что будет допущено презюмирование определенных фактов, на фоне использования презумпций относительно других правовых ситуаций является непоследовательной позицией.

Вышеуказанные положения следует положить в основу моделирования составов преступлений заключительного рубежа противодействия коррупции, который, как представляется, не должен сводиться только к незаконному обогащению. Актуальным в этом направлении является выявление и других объективных проявлений (последствий, результатов) коррупции в деятельности соответствующего субъекта и их криминализация, что будет правовым решением проблемы латентности коррупционных преступлений.

Также в юридической литературе отмечается, что невозможность государственного должностного лица рационально обосновать значительное увеличение активов может быть установлена в различных ситуациях: а) когда самообогащение осуществлено с нарушением требований закона; б) когда обогащение было без нарушения закона, однако лицо это не может подтвердить (в частности, в случаях потери соответствующих документов; смерти владельцев, которые подарили или на других условиях передали имущество без документов; присвоение найденного имущества или такого, что случайно оказалось у лица и т.д.). Если при таких обстоятельствах невозможность государственного должностного лица рационально обосновать значительное увеличение активов будет всегда связываться с незаконным обогащением, то это по сути является предположением, а в соответствии с ч. 3 ст. 62 Конституции Украины (а также ч. 4 ст. 19 УПК РК) обвинение не может основываться на предположениях.<sup>18</sup> При привлечении к ответственности за незаконное обогащение презюмируется происхождения доходов должностного лица вследствие коррупционного деяния, хотя на самом деле эти средства могут иметь любое происхождение, пусть даже и незаконное, но совсем не обязательно связанное с коррупцией.<sup>19</sup> Такие доводы не могут быть препятствием к установлению указанной выше правовой презумпции, поскольку: во-первых, такое предположение является опровержимой презумпцией, а во-вторых, признаком любой правовой презумпции является наличие в ее основе неполного индуктивного умозаключения с вероятностью наличия предполагаемого в нем факта, что в полной мере соответствует принципам права и, как уже отмечалось, широко используется в современной юриспруденции. При этом правовая презумпция не может быть построена с использованием полной индукции, при которой статистическая повторяемость жизненных процессов воспринимается как строгая закономерность, в связи с тем, что при обнаружении такого рода за-

<sup>17</sup>Борков В.Н. Незаконное обогащение: преступление без деяния? / В.Н. Борков // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 6. С. 166 (С. 161-169).

<sup>18</sup>Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. Х.: Право, 2013. С. 225-226 (424 с.).

<sup>19</sup>Богуш Г.И. Конвенция ООН против коррупции 2003 г.: общая характеристика и проблемы имплементации / Г.И. Богуш : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://sartracc.ru/print.php?print\\_file=Pub/bogush\(2-11-06\).htm](http://sartracc.ru/print.php?print_file=Pub/bogush(2-11-06).htm).

кономерности итогом будет не вероятное предположение, что допускает возможность своего опровержения, а практически достоверное знание.<sup>20</sup>

На основании изложенного по отношению к составу незаконно обогащения представляется, что препятствия теоретического характера для презюмирования виновного (умышленного) отношения к деяниям, которые привели к существенному увеличению имущественных активов субъекта коррупционного правонарушения и также презюмируются, отсутствуют. Изложенное выше показывает, что положение ст. 20 Конвенции об умышленном характере незаконного обогащения не может быть препятствием для ответственности этого правового инструмента. В противном же случае предписание ст. 20 Конвенции из-за такого искусственно созданного интерпретаторами внутреннего противоречия вообще теряет смысл.

Кроме этого, аргументом против установления уголовной ответственности за незаконное обогащение называется то, что в ст. 20 Конвенции идет речь о невозможности лица рационально обосновать увеличение своих активов, а это значит, что предусматриваются показания или объяснения лица в отношении своих ранее совершенных действий, что противоречит ч. 1 ст. 63 Конституции Украины<sup>21</sup> и ч. 1 ст. 28 УПК РК. Такое замечание фактически является дополнительным аргументом против ограничения принципа презумпции невиновности в части перераспределения бремени доказывания и может быть опровергнуто путем применения теста на пропорциональность, что будет подробно показано в отдельной публикации. Вместе с тем, законодательство Украины не содержит положений, которые бы запрещали суду при решении дела приходить к негативным выводам для обвиняемого при оценке имеющихся по делу доказательств (в этом случае доказательств значительного увеличения активов публичного служащего, которое не соответствует его доходам) в случае его отказа от дачи показаний. Наоборот, такая интерпретация указанного конституционного положения соответствует выводам Европейского суда по правам человека по делу John Murray v. United Kingdom,<sup>22</sup> по которым с учетом весомости имеющихся против лица доказательств то, что с его отказа при аресте, допросе в полиции и на судебном разбирательстве дать объяснение сделаны неблагоприятные для него выводы, было вопросом здравого смысла и считать это несправедливым или необоснованным при таких обстоятельствах нельзя; также невозможно сказать, что выведение разумного вывода из поведения этого лица является переложением бремени доказывания с обвинения на защиту, а следовательно, и нарушением принципа презумпции невиновности. В п. 47 обозначенного решения Европейский суд указал, что «право на молчание» не является абсолютным. В этом случае необходимо только нормативно регламентировать описанную выше возможность суда, например в структуре состава незаконного обогащения, как это предлагается в ст. 20 Конвенции.

<sup>20</sup>Жагина О.В. Презумпции как субсидиарные правовые нормы : автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О.В. Жагина : Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов». СПб., 2011. – 27 с.

<sup>21</sup>Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. Х.: Право, 2013. С. 226 (424 с.).

<sup>22</sup>Case of John Murray v. The United Kingdom (Application № 18731/91), judgment, 8 February 1996 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int>.

В рассматриваемом контексте также обращает на себя внимание вывод Европейского суда по делу Van Vondel v. Netherlands,<sup>23</sup> по которому право не отвечать на вопросы и не давать показаний против самого себя нельзя толковать как дающее общий иммунитет от действий, мотивом которых является желание избежать расследования. Не каждую меру, которая применена чтобы поощрить человека предоставить информацию органам власти, следует рассматривать как неправомерное принуждение; не запрещается применять принудительные полномочия, требуя от лиц предоставления сведений, скажем, об их финансовых активах, хотя их непредставление и может повлечь за собой наказание.

Таким образом, суд может делать негативные выводы из молчания обвиняемого, когда фактические обстоятельства дела (значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы) явно требуют от лица дать пояснения (рационально обосновать происхождение таких активов), если при этом такое молчание не является главным основанием для обвинительного приговора, что и предусматривает состав незаконного обогащения.

В юридической литературе также высказывается мнение, что статья о незаконном обогащении в виде предлагаемом Конвенцией может привести к нарушению принципа Non bis in idem. Так, отмечается, что признание значительного увеличения активов общественно опасным деянием и основанием уголовной ответственности в большинстве случаев может противоречить положению о невозможности привлечения дважды к юридической ответственности одного вида за одно и то же правонарушение, ведь незаконное обогащение не следует считать самостоятельным действием в уголовно-правовом смысле (отдельным интеллектуальным и волевым поступком), поскольку последнее может возникнуть только из-за совершения другого деяния, а в большинстве случаев преступления (поскольку любые не предусмотренные законом случаи получения активов в значительном размере служебными лицами охватываются другими составами преступлений). В противном случае, обогащение не будет соответствовать признаку незаконного. Таким образом, привлечение к ответственности за незаконное обогащение может привести к повторному привлечению лица к уголовной ответственности за деяния, в результате которого были получены активы, то есть за одно и то же деяние. Кроме того, предлагаемая норма опосредованно предполагает наличие другого, возможно, не раскрытого правонарушения, в частности преступления, и может противоречить принципу неотвратимости уголовной ответственности.<sup>24</sup> Первое из приведенных замечаний является таким, что не относится к сути нормы о незаконном обогащении и показывает необходимость такого конструирования этого правового инструмента в национальном праве, которое обеспечивало бы невозможность привлечения лица к уголовной ответственности за получение неправомерной выгоды одновременно по статьям о преступлениях, относящихся к различным рубежам (в данном случае – к основному и к заключительному) противодействия коррупции. Такую проблему целесообразно решить путем введения в УК наряду с нормой о незаконном обогащении положения, согласно которому эта норма не может применяться в случае, если существенное увели-

<sup>23</sup>Case of van Vondel v. the Netherlands (Application № 38258/03), judgment, 23 march 2006 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>24</sup>Яковлев Д.Л. Правові проблеми незаконного збагачення / Д.Л. Яковлев // Європейське і національне кримінальне право: шляхи та перспективи розвитку. Треті юридичні читання / Матеріали Міжнародної наукової конференції студентів та аспірантів / За заг. ред. Є.Л. Стрельцова. Одеса, 2007. С. 218-220.

чение имущественных активов лица является другим преступлением. Исходя из того, что принцип неотвратимости уголовной ответственности означает, в частности, что если лицо, совершившее преступление, подлежит уголовной ответственности, то оно привлекается к ней, – наоборот, действие нормы о незаконном обогащении как элемента заключительного рубежа противодействия коррупции будет способствовать его соблюдению, ведь возможно-сти привлечь к ответственности коррупционера значительно возрастут, что снизит латентность коррупционных деяний.

Изложенное дает возможность отбросить опровергнутые выше аргументы, которые высказываются против нормы о незаконном обогащении, и сосредоточить внимание на основной преграде введения в национальную правовую систему этого антикоррупционного инструмента – принципе презумпции невиновности. Такой вывод формирует необходимость дальнейшего исследования в направлении изучения возможности и целесообразности частичного ограничения действия принципа презумпции невиновности нормой о незаконном обогащении в целях противодействия коррупции, как в Украине, так и в Казахстане.

#### Д.Г. Михайленко: Ұлттық құқықта заңсыз баю жөніндегі нормаларды іске асыруға кедергілер.

Мақалада заңсыз баю жөніндегі нормалардың (сыбайлас жемқорлыққа қарсы БҰҰ Конвенциясының 20-бабының мағынасында) толық орындалуына бөгет болуы мүмкін Украина мен Қазақстан құқықтарының ұлттық жүйесінің теориялық және нормативті ережелері қарастырылады. Атап кеткен елдердің құқық жүйесіне зерттелетін сыбайлас жемқорлыққа қарсы құралды енгізуге басты кедергі кінәсіздік презумпция қағидасы болып табылады деп

көрсетілген. Бұл қағиданың қолданылуын сыбайлас жемқорлыққа қарсы күресу мақсатында ішінара заңсыз баю жөніндегі нормалармен шектеу мүмкіндігін және орындылығын зерделеу қажеттігі туралы қорытынды жасалады.

*Түйінді сөздер: сыбайлас жемқорлық, сыбайлас жемқорлық қылмыс, сыбайлас жемқорлыққа қарсы БҰҰ Конвенциясы, сыбайлас жемқорлыққа қарсы қылмыстық-құқықтық күрестің көпмежелі үлгісі, заңсыз баю, кінәсіздік презумпция қағидасы, дәлелдеудің ауыртпалығы, қылмыстық құқықтағы презумпциялар.*

#### D. Mykhailenko: Obstacles for implementation of the norm on illicit enrichment to the national legislation.

The article examines theoretical and normative provisions of national legal systems of Ukraine and Kazakhstan, that may block full realization of the legal norm on illicit enrichment (in the meaning of the Art. 20 of the UN Convention against corruption), and defines its actual correspondence to the composition of this crime. In the article the author defines that the main obstacle for the introduction of the instrument, examined in the article to the legal systems of Ukraine and Kazakhstan is in the principle of presumption of innocence. The author substantiates the conclusion on the necessity to study of possibilities and appropriateness of partial restriction of this principle by the norm on illicit enrichment, with the purpose of countering corruption both, in Ukraine and Kazakhstan. It is shown that arguments against introduction of the norm on illicit enrichment themselves cannot prevent it.

*Keywords: corruption, corruption offences, UN Convention against corruption, multi frontier model of criminal and legal counteraction against corruption, illicit enrichment, principle of presumption of innocence, proof burden, presumptions in criminal law*



#### НОВЫЕ КНИГИ

**Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий.** Алматы: Раритет, 2015. – 536 с.

ISBN 978-601-250-267-1

«Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий», посвященный 20-летию принятия Конституции Республики Казахстан, подготовлен авторским коллективом, представляющим Администрацию Президента, Палаты Парламента, Конституционный Совет, Верховный Суд, Генеральную прокуратуру Республики Казахстан, ряд министерств и иных центральных и местных государственных органов, а также крупных отечественных ученых-юристов.

В Комментарии раскрыто научно-правовое содержание Преамбулы, идей, принципов, положений и норм Конституции с учетом новейшей эволюции действующего законодательства и развития современной юридической науки. При комментировании положений Конституции авторы широко использовали нормативные постановления и послания Конституционного Совета Республики.

Комментарий предназначен для широкого круга читателей, интересующихся вопросами конституционного права, действующего законодательства и практики их применения.

Редакционная коллегия: д.ю.н., профессор, академик НАН РК М.Т. Баймаханов; д.ю.н., профессор В.А. Малиновский; д.ю.н., профессор, академик НАН РК С.Н. Сабикенов; д.ю.н., профессор, академик НАН РК С.С. Сартаев; д.ю.н., профессор, академик НАН РК М.К. Сулейменов; д.ю.н., профессор, Заслуженный деятель РК И.И. Рогов.

В числе авторов комментария преподаватели Университета КАЗГЮУ: Жумадилова А.Б., Каудыров Т.Е., Малиновский В.А., Нарикбаев М.С., Нурмагамбетов А.М., Ударцев С.Ф.