



На вопросы шеф-редактора журнала «Закон» Владимира Румака отвечает **профессор кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова Павел Сергеевич ЯНИ**

В ОТЛИЧИЕ ОТ МОШЕННИЧЕСТВА, СОСТАВ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПОЛНОМОЧИЯМИ МОЖНО НАЗВАТЬ «РЕЗИНОВЫМ»

Родился 21 ноября 1961 г. в Москве.

В 1984 г. окончил с отличием МГУ им. М.В. Ломоносова. Работал следователем районной прокуратуры, прокурором следственных управлений прокуратур города Москвы и Генеральной прокуратуры РФ.

В 1995 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему «Обеспечение прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве» в Научно-исследовательском институте проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ, в 1997 г. — докторскую диссертацию на тему «Актуальные проблемы уголовной ответственности за экономические и должностные преступления».

С 2011 г. — профессор кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Также преподает в Университете Генеральной прокуратуры РФ, Российском государственном университете правосудия, Московской академии Следственного комитета РФ.

Автор более 300 научных трудов. Основатель и главный (научный) редактор журнала «Уголовное право», член редколлегии журнала «Законность», член редакционного совета журнала «Вестник РПА».

Член научно-консультативных советов при Верховном Суде РФ и при Федеральной палате адвокатов.

Почетный работник прокуратуры Российской Федерации.

Доктор юридических наук, профессор.

— В этом году Президент РФ возобновил деятельность рабочей группы по мониторингу и анализу правоприменительной практики в сфере предпринимательства, одна из главных задач которой — гуманизация уголовного законодательства. Запрос на это идет главным образом от бизнеса, которому все сложнее понимать законодательную логику и предугадать правоприменение. Про плачевное состояние уголовного законодательства в экономической сфере говорят и в научных кругах, вспомнить хотя бы недавнюю статью Н.А. Лопашенко¹. Согласны ли Вы с такими оценками и если да, то является ли декриминализация хорошим решением этой проблемы?

— Скорее согласен. Если мы посмотрим отчет формы 10А Судебного департамента при Верховном Суде РФ,

¹ Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: о руинах уголовного закона // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 2. С. 27–35.



то увидим, что глава 22 «Преступления в сфере экономической деятельности» Уголовного кодекса практически не применяется. Удивительно, но по ранее востребованной ст. 171 УК теперь за год осуждается только несколько десятков человек.

Я бы не сказал, что вся глава мертвая, но она еле живая, а большинство составов не имеют никакого применения. Напрашивается вопрос: зачем она тогда нужна — чтобы носила резервный характер? Я очень сомневаюсь, что изоэшелонные «белые воротнички», продумывающие сложные схемы совершения преступлений, будут ориентироваться на то, что есть какой-то уголовный запрет. Их обслуживают прекрасные адвокаты, лучшие юристы, у них капиталы и семейства за рубежом, и наличие какой-то нормы, по которой еще неизвестно, возбудят ли дело и можно ли арестовывать (теперь часто нельзя), вряд ли их остановит. Поэтому обилие составов преступления в экономической сфере, может быть, и не требуется, но для того, чтобы однозначно ответить, нужна все-таки криминализация здесь или нет, надо проводить исследование, а я лично таких исследований не проводил.

Дело в том, что в нашем кругу криминалистов я себя позиционирую как сухого инструменталиста, я разрабатываю инструменты, посредством которых можно решать уголовно-правовые задачи. Вот законодатель посчитал необходимым принять так называемые номерные 159-е статьи, против чего наша кафедра активно возражала, я написал огромный отрицательный отзыв на законопроект, но его в итоге приняли. Мою задачу теперь я вижу в том, чтобы выработать инструментарий, который позволит следователям, а потом и судам применять эти нормы так, чтобы решения не были отменены, а обвинительный приговор точно соответствовал закону. Это область моих исследований, и за ее пределы я, как правило, не выхожу, поэтому сказать определенно, надо ли что-то менять и что именно менять в 22-й главе, я не могу. У нас есть очень сильные специалисты в этой области, прежде всего упомянутая Вами Н.А. Лопашенко, автор большой монографии об уголовной политике, в которой есть раздел об экономической преступности.

— **Вы сейчас говорили о главе 22, но складывается такое впечатление, что предприниматели больше опасаются ответственности не по этим нормам, а по**

более активно применяемым общим составам хищения, в первую очередь ст. 159 УК РФ. Вы сказали, что были против такого ее расширения, какое сделал законодатель, но ведь конкретизация состава как раз должна помочь достичь большей определенности в правоприменении. Полагаете, этого не произошло и ст. 159 по-прежнему «резиновая»?

— Законодатель здесь решал немного другую проблему: он просто посчитал нужным снизить ответственность по отдельным видам мошенничества, если оно не совершено организованной группой или в особо крупных размерах.

В пояснительной записке к законопроекту, если я не ошибаюсь, было несколько строчек о том, что, по мнению авторов, бизнес использует правоохранительные органы как оружие в бизнес-борьбе, и введение уголовной ответственности за такое сугубо «беловоротничковое мошенничество», назовем его так, и параллельный запрет арестовывать по этим статьям тем самым лишат оружия как недобросовестных предпринимателей, так и правоприменителей, которые находятся в коррупционных связях с этими предпринимателями. Наверное, опять же надо проводить исследование, была ли цель достигнута или нет. В какой-то степени, конечно, была — достаточно посмотреть статистику применения ч. 1.1 ст. 108 УПК, которая запрещает арест предпринимателей за ряд преступлений.

Но чего в итоге добился законодатель? Он не облегчил задачу правоприменителю, а существенно ее усложнил.

||| Взять ту же ст. 159 УК — я бы не назвал ее «резиновой», в отличие, например, от ст. 201, которую нередко используют, чтобы не вменять экономическое мошенничество, потому что по ней все еще можно арестовывать.

Вообще, состав «злоупотребление полномочиями» сформулирован в УК намного шире, чем норма об ответственности за злоупотребление полномочиями должностными лицами. Если должностное лицо злоупотребляет, у него должен быть корыстный мотив или иная личная заинтересованность. А для того, чтобы вменить злоупотребление управленцу в организации, достаточно, чтобы он просто мотивировал свое действие

желанием причинить вред. Значит, что бы он ни сделал, желает ли он обогатиться сам или обогатить третьих лиц или не желает, но, если он использует полномочия вопреки законным интересам организации, именно законным (а все, что противозаконно, если даже делается во благо организации, — это все вопреки законным интересам), он выполняет состав. Вдобавок к этому есть признак существенного нарушения законных интересов, совершенно оценочный. Поэтому состав злоупотребления полномочиями можно назвать «резиновым», в отличие от мошенничества.

— Тем не менее предприниматель, не исполняющий договорные обязательства, зачастую сталкивается именно с этим составом. Получается, что здесь речь может идти об ответственности за обыкновенный предпринимательский риск.

— Хотя у нас есть норма о законном риске в хозяйственной деятельности — ст. 41 УК об обоснованном риске, — но я не представляю, как ее можно применять, недаром она абсолютно не востребована правоприменителем.

Уголовно-правовые риски бизнеса — это серьезный вызов, и предупреждение совершения преступлений посредством выработки своего рода комплаенса — это интересная задача. Я знаю, что многие юридические фирмы сейчас этим занимаются, попытки выработать системный подход предпринимаются и на юридическом факультете МГУ.

С этой целью мы создали Научно-образовательный центр «Уголовно-правовая экспертиза», но мы только в самом начале пути. Одной из задач Центра как раз видится развитие деятельности в сфере предупреждения уголовно-правовых рисков. Совсем недавно вышла моя статья в соавторстве с руководителем отдела комплаенса компании «Байер»², посвященная уголовно-правовым рискам чиновников. И мы в ней привели, наверное, с десятком заблуждений чиновников относительно того, как им можно поступать. Предположим, они считают, что разрешено получать подарки в сумме до 3000 руб. — в этом их многие уверяют. Тем не менее Верховный Суд сказал, что нельзя этого делать при целом ряде обстоя-

тельств, например вымогать за какую-то справку ручку или бутылку коньяка стоимостью 2500 руб. — это преступление. Вот об этом же нужно предупреждать и предпринимателей.

— Правильно ли я понимаю, что речь идет о разработке неких рекомендаций, при соблюдении которых ответственность не наступит?

— Да. Единственный вопрос: кто будет осуществлять такие комплаенс-процедуры? Даже несколько профессоров, специализирующихся в этой области, не могут с достаточной степенью уверенности сказать, что при аналогичных обстоятельствах следствие или суд не усмотрит состав.

Мы на факультете готовим много заключений по просьбам обратившейся стороны, в том числе адвокатов, и иногда поддерживаем их точку зрения, не видим состава преступления. Нам кажется совершенно очевидным, что состава нет, но выносятся обвинительные приговоры, которые потом засиливаются, и выходит, что мнением ученых не руководствуются.

И если уж даже мы не можем однозначно предугадать, как пойдет правоприменительная практика и при каком поведении вы не будете подлежать уголовной ответственности, то я уж и не знаю, кому эта задача под силу.

Впрочем, можно привести и немало удачных примеров, когда нас слушают. Это, в частности, заключение юридического факультета по делу о взрыве в аэропорту Домодедово³.

И хотя подобные правовые заключения в силу принципа «судья знает право» не используются как доказательства в уголовном процессе, мнение ученого нередко оказывает должное влияние на позицию правоприменителя. Значит, мы говорим о рисках, т.е. о том, что при соблюдении определенных рекомендаций уголовно-правовые риски снижаются, но вовсе не исчезают. Возьмем в качестве

² Яни П.С., Прохоров Н.В. Антикоррупционный комплаенс в уголовно-правовой сфере: содержательный элемент // Российская юстиция. 2018. № 9. С. 54–57.

³ Юридическое заключение по теме «Анализ наличия элементов состава преступления (объективная сторона), правильности уголовно-правовой квалификации применительно к деянию, описание которого (формула обвинения) содержится в предоставленных документах» от 27.04.2016. URL: http://www.domodedovo.ru/img/2016/press/0752_001.pdf (дата обращения: 08.10.2018).



примера ст. 193 о вывозе капитала за границу. Все дела, которые я посмотрел по этому составу, возбуждены и по ним вынесены приговоры в том случае, если предприниматель переводит за границу денежные средства и ничего не получает оттуда. Но если он, предположим, за границей купил трактор стоимостью 1 млн, а затем перепродал его своей же зарубежной фирме-посреднику и выкупил у нее уже за 2 млн, т.е. ввез в Россию имущество на миллион, а вывез на два, то по таким случаям судебных дел и приговоров нет. Некоторые адвокаты, которые заказывали у меня исследования, спрашивали, будет ли ст. 193 применяться к таким ситуациям. Я им сказал абсолютно категорично: я уверен, что она будет применяться намного шире. А какой-то другой юрист, изучив десятки решений, скажет на основании полученного мной эмпирического материала, что она применяется узко. Даст разъяснение предпринимателю, тот совершит такую сделку и понесет уголовное наказание.

— **Это чем-то напоминает проблему эквивалентности в случае с хищением.**

— Да, только в данном случае смысл в том, что государство не просто запрещает выводить средства за границу, оно запрещает выводить их бесконтрольно. Оно не хочет, чтобы деньги расходовались только по желанию этого лица, которое может оформить паспорт сделки тут, а купить все, что он хочет, там. Это лицо, кстати говоря, может купить за границей другой трактор и незаметно для государства, контрабандой или как-то еще, ввезти его в Россию. А государство этого не хочет, и в таких ситуациях все равно будет еще и состав «вывоз капитала», потому что предприниматель передал это имущество, обманывая банковские структуры.

— **Если настолько велик разброс в ожиданиях, в чем тогда положительный эффект такого комплаенс-контроля для бизнеса? Смысл был бы, например, в том случае, если бы представители следственных органов, прокуратуры или судов обозначили коридоры приемлемого поведения.**

— Это было бы возможно только в простых случаях. Мы же с Вами говорим об очень серьезных экономических нарушениях, отступлениях от довольно сложных правил ведения бизнеса.

Как научный руководитель Центра, как профессор университета, я подписываю только те заключения, которые

могу защищать публично, т.е. в которых нет никаких допущений, а сделан категорический вывод: или есть состав преступления, или нет. Но ко мне лично обращаются в три раза чаще, чем заключают договор с факультетом, и нередко случается так, что я, даже полагая, что подсудимые невиновны, говорю: нет, я вашу сторону поддержать не могу. По каждой позиции есть как минимум два мнения, а может быть еще больше. И вы должны узнать, какая практика в том или ином суде.

Яркий пример — незаконная банковская деятельность. Гражданин, который официально нигде не работает, торгует с рук валютой, и его привлекают к ответственности за незаконную банковскую деятельность — это ст. 172 УК. Но в ряде судов, в том числе, по-моему, в Мосгорсуде, сформировалась такая практика. Со ссылкой на Закон о банковской деятельности⁴, определяющий такую деятельность, которая осуществляется кредитными организациями, они говорят: гражданин не может выполнять банковские операции, вменяйте ему незаконное предпринимательство. А это ст. 171 УК, там санкции меньше. И лишь года полтора назад, когда вопрос дошел до Верховного Суда и попал на обсуждение Научно-консультативного совета при Верховном Суде, насколько я помню, практика стала меняться и круг субъектов расширился. У незаконной банковской деятельности появился общий субъект, которым может быть также и гражданин. То есть изменилась позиция высшего суда и изменилась сфера применения предела действия нормы.

— **По сути, это означает отягчение ответственности.**

— Да, согласен. Значит, тот, кто дает уголовно-правовые оценки, должен учитывать и тот риск, что, как когда-то писал проф. А.Э. Жалинский, закон может быть истолкован и применен заведомо неправильно. И тот, кто претендует на автора комплаенс-заключений, должен все это учитывать.

— **А как Вы считаете, когда изменение квалификации происходит путем судебного толкования, должны ли эти позиции распространяться на дела, которые расследовались до этого, особенно в тех случаях, когда речь идет об ухудшении положения обвиняемого или подсудимого?**

⁴ Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности».

— Интересный вопрос. Я знаю такой пример. В 2015 г. Пленум Верховного Суда изменил свою позицию в сторону ужесточения по делам о сбыте и незаконном обороте наркотических средств⁵.

Предположим, гражданин раздобыл чемодан анаши, но еще ничего не успел с ним сделать, как его сразу задержали. Он готовился к будущему сбыту, судя по объему. Его привлекают к ответственности за приготовление к сбыту. Но Пленум сказал, что сбыт наркотиков начинается уже с их приобретения, поэтому действия такого гражданина следует рассматривать не как приготовление, а как покушение, а за это установлено более строгое наказание в соответствии со ст. 66 УК. И у судов возник тот же вопрос, который Вы сейчас задаете. Хорошо, допустим, приговор в сторону отягчения ответственности не будут пересматривать. Но как быть с теми делами, по которым приговоры еще не вынесены, мы же можем применить ст. 237 УПК и направить их на досудебную стадию для изменения обвинения? И тогда заместитель Председателя Верховного Суда написал письмо председателям судов — оно сейчас есть на сайте Генеральной прокуратуры, на него многие ссылаются — и указал, что применять новое правило ужесточения ответственности следует только к тем преступлениям, которые совершены после 30 июня 2015 г., тем самым, по сути, приравняв разъяснения Пленума к изменению закона⁶. Я не могу сказать, что я не поддерживаю этой идеи, ведь фактически это так, но сам Верховный Суд говорит, что это не универсальное правило.

— Если этот подход правильный, что мешает сделать его универсальным?

— Тогда придется сделать еще один шаг и сказать, что в постановлениях Пленума ВС содержатся уголовно-правовые нормы. Но на это никто, конечно, не пойдет. Это не в традициях, потому что тогда придется идти дальше, вводить и разрабатывать систему прецедентных решений.

— Разве Конституционный Суд, по сути, не признал за постановлениями Пленума ВС нормативного содержания?

⁵ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 30.06.2015 № 30.

⁶ Письмо заместителя Председателя ВС РФ от 10.07.2015 № 7-ВС-4284/15. URL: http://genproc.gov.ru/documents/jurisprudence/supreme_court/doc02181420150716144510.pdf (дата обращения: 08.10.2018).

— Мне сложно здесь что-то возразить, это вне области моей компетенции. Я только знаю, что в том письме заместителя Председателя Верховного Суда, о котором я говорю, была ссылка на Постановление Конституционного Суда 2010 г.⁷, где сказано, что постановления пленумов высших судов имеют значение для судов на будущее время. А это значит, что они содержат правовую позицию. Правовая позиция — это специальный термин, который большинство признают нормой в судебном решении. Из Закона о Конституционном Суде⁸ следует, что силой правовой позиции обладают лишь постановления этого высшего суда. А он, Конституционный Суд, в сущности, наделил этой силой постановления пленумов высших судов.

— Насколько я понял, сейчас коридор допустимого поведения возможно выстраивать только по толкованию, которое дает Пленум, хотя и там возможна определенная дискреция со стороны судов. Ответвлений этих может быть очень много. На что тогда ориентироваться?

— Верховный Суд выпускает сборники комментариев постановлений Пленума, я в их составлении тоже участвую. Например, мы с судьей Верховного Суда Е.В. Пейсиковой не так давно комментировали в одном из них два Постановления Пленума по должностным преступлениям — взяточничеству и превышению полномочий, злоупотреблению полномочиями⁹.

— А как суды относятся к этим комментариям? Ссылаются на них?

— Да, и неоднократно. Тем более что позиция Верховного Суда последних лет состоит в том, что судьи Верховного Суда могут и должны ссылаться на постановления Пленума. Проверить это легко: просто набираете в карточке поиска в «КонсультантеПлюс» «определение по уголовным делам судебной коллегии Верховного Суда» по виду документа и принявшему органу, а по тексту ищите «постановление Пленума». И найдете сотни определений Верховного Суда с прямой ссылкой на постановление Пленума. Так же ищутся десятки постановле-

⁷ Постановление КС РФ от 21.01.2010 № 1-П.

⁸ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

⁹ Постановления Пленума ВС РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномо-



ний Президиума Верховного Суда, где он ссылается на постановления Пленума и Президиума ВС как на закон.

Надеюсь, что большей определенности в правоприменении будет способствовать и та работа, о которой я уже говорил, — по выявлению и минимизации уголовно-правовых рисков. Хотя она требует немало времени и сил, а их у нас не так много.

Например, недавно я опубликовал на портале «Закон.ру» статью о стандартах доказывания по должностным преступлениям¹⁰. Я знаю некоторую практику, но для того, чтобы определенно сказать, снижены или завышены стандарты доказывания по делам об экономических преступлениях, надо посмотреть и проанализировать огромный массив судебных актов. Значит, надо собрать авторский коллектив, причем из тех людей, которые в состоянии это сделать, их же очень немного. Даже у нас на кафедре далеко не все стали бы этим заниматься, поскольку у каждого своя тема. Получается, им в помощь нужно набирать толковых магистрантов, потом получать финансирование, а кто может быть в этом заинтересован?

Нельзя же использовать простую методу: брать судебные решения и считать арифметически, какими доказательствами располагал суд для того, чтобы вынести тот или иной приговор. Например, это показания пяти человек, видеовших, как обвиняемый продавал контрафактную продукцию. Всё. Достаточно этого или нет, они не исследуют, а между тем это очень интересно — проследить по целому ряду дел, что включает в себя доказательственная база по 180-й статье или по любой другой статье об экономических преступлениях. И если посмотреть судебные акты за несколько лет, тогда можно с достоверностью сказать, стандарты доказывания сейчас такие же или другие.

Примером такого глубокого исследования является работа, которую провел наш видный криминолог В.Е. Квашиш, его статья была опубликована в журнале

чий», от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях».

¹⁰ Яни П.С. Стандарты информационной достаточности доказательств по делам о взяточничестве // Закон.ру. 2018. 1 авг. URL: https://zakon.ru/blog/2018/08/01/standarty_informacionnoj_dostatochnosti_dokazatelstv_po_delam_o_vzyatochnichestve (дата обращения: 06.10.2018).

«Уголовное право»¹¹. Он задался вопросом, верна ли информация о том, что количество насильственных преступлений, убийств, по-моему, выше в южном регионе. И убедительно доказал, что нет.

Я предположил, исходя из своего опыта, что стандарты доказывания, возможно, не столь высоки, сколь должны быть по делам об экономических преступлениях.

Дела возбуждаются и не доводятся до суда. С учетом этого и надо взглянуть, как применяются стандарты, так сказать, информационной доказанности.

Допустим, по делу о простом мошенничестве допрашивают трех свидетелей, а по делу о мошенничестве в предпринимательской деятельности — условно говоря, 20. Само по себе это еще ни о чем не говорит, но это же тоже показатель.

Только кто будет все такие показатели выявлять? Этим просто некому заняться.

У нас в свое время был Институт Генеральной прокуратуры, в котором было три криминологических отдела. Этот институт уже стал Университетом, но Генеральная прокуратура видит его научные отделы в роли крепкого методического подразделения, поэтому он, конечно, в меньшей степени может быть задействован.

В идеале такая инициатива должна исходить от бизнес-сообщества. Возможно, они сами бы набрали коллектив исследователей.

— В сфере гражданских правоотношений есть Совет по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, который выполняет такого рода экспертизу. Почему не удается создать нечто подобное в криминалистической среде?

— Как минимум потому, что это должно хорошо финансироваться. В моем представлении сильные востребованные специалисты, как правило, уже чем-то заняты. Например, ученые Университета юстиции сопровожда-

¹¹ Квашиш В.Е. Региональные особенности убийств: распространенность, характер, правоприменительная практика // Уголовное право. 2018. № 3. С. 100–109.

ют некоторые законопроекты Минюста. Верховному Суду помогают ученые Университета правосудия. А кто войдет в состав такого надэкспертного образования? И кто там будет работать? Если кто-то имеет свободное время, значит, он не очень востребован, вот мое глубокое убеждение.

В любом случае для этого нужны подвижники. Можно ли найти их среди криминалистов? Не знаю, я точно не из их числа. У меня пять работ: в нескольких вузах плюс журнал «Уголовное право». Я и за большие деньги просто не смог бы этим заниматься.

— **Одна из последних инициатив по декриминализации деяний в экономической сфере касалась ограничения действия ст. 210 УК общенасильственной преступностью. Насколько реалистичным можно назвать этот шаг?**

— Изменения уголовного закона здесь вряд ли возможны, скорее, понадобится решение путем применения очень сложной юридической техники. Проще поступить так, как предлагал один из участников этого обсуждения: не применять меру пресечения в виде заключения под стражу, если ст. 210 примыкает к другим, сугубо экономическим статьям. Например, если запрещено арестовывать за незаконное предпринимательство, то нельзя арестовывать и за организацию преступного сообщества, которое занималось исключительно незаконным предпринимательством.

Если нельзя арестовывать за преступление, совершенное в сфере предпринимательской деятельности по ст. 159, даже по ее квалифицированным составам, то нельзя будет арестовывать и по ст. 210, которая в совокупности вменяется со ст. 159. Вот это правильно.

— **А как Вы относитесь к словам В. Груздева, который на Петербургском Международном Юридическом Форуме в этом году заявил, что он занимался разработкой этой нормы и при ее введении в УК не преследовалось цели наказания за экономические преступления?**

— Члены преступного сообщества стремятся получить из своего поведения материальную выгоду, они хорошо структурированы — как кто-то хорошо сказал, они все приняты на работу в коммерческую организацию,

а такая организация предполагает строгую структуру. И если все они стали заниматься, используя эту структуру преступной деятельности, хищениями или налоговыми преступлениями, то ст. 210 вписывается сюда очень хорошо. И даже если все они сначала были хорошие, нормальные люди, но потом увидели гигантские миллиардные доходы и стали все похищать, почему бы и тогда не использовать ст. 210? Но в то же время, может быть, их не стоит арестовывать, заключать под стражу до суда, о чем я уже говорил.

— **Все составы ст. 210 относятся к категории особо тяжких преступлений. Получается очень серьезное исключение из общего порядка заключения под стражу.**

— Ну, это вопрос уголовно-политический. Но если закон сказал «а», запретив арестовывать, то может сказать и «б».

— **Вы были в составе рабочей группы, готовившей Постановление Пленума о мошенничестве¹². Какие цели ставил Верховный Суд при разработке этого документа?**

— Любая такая работа начинается с вопросов судов: когда их очень много, высший судебный орган планирует обобщение практики. Обобщив практику, решается вопрос о том, писать ли новое постановление. Здесь вопросам было несть числа. В итоге была собрана рабочая группа, которая повторила ряд разъяснений Постановления 2007 г.¹³ и ответила хотя и не на все, но на чаще всего задаваемые вопросы по применению номерных 159-х статей. Концептуально были решены некоторые принципиальные задачи.

Предметом хищения стали признаваться безналичные денежные средства, а это, в общем-то, противоречит всей нашей доктрине.

Я за такой подход, поскольку он следует практике судов. В соответствии с доктриной предметом хищения может быть только вещь, а безналичные деньги не

¹² Постановление Пленума ВС РФ от 30.11.2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате».

¹³ Постановление Пленума ВС РФ от 27.12.2007 № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате».



могут. И мы сталкивались с такими ситуациями, когда хищение путем использования банковских карт в банкоматах ни под одну статью не подпадало, если похищенное не получали в качестве наличных, а перечисляли на другой счет.

— Разве суды в процессе квалификации не руководствуются нормами Гражданского кодекса, которые говорят об объектах гражданских прав?

— Нет, не всегда. У нас в законе указано, что предметом хищения является имущество, под которым понимаются и права в силу ст. 128 ГК. Но само словосочетание «хищение прав» не имело никакого уголовно-правового содержания, поскольку согласно уголовно-правовой доктрине похитить права нельзя. Для них была придумана другая формулировка: приобретение права на имущество путем обмана или злоупотребления доверием. Тут была явная нестыковка, и она сохраняется, как и многие другие нестыковки уголовно-правового и гражданского законодательства. Безналичные денежные средства признаются большинством цивилистов имущественными правами, правами требования, однако некоторые считают их квазиденьгами, квазивещами. По сути, взгляд вторых возобладал в данном случае в разъяснениях Пленума.

— Сейчас в ГК могут появиться новые объекты: токены, криптовалюта. У судов будут проблемы с квалификацией действий, связанных с хищением таких объектов, если у них даже с имущественными правами возникали сложности?

— Мы обсуждали этот вопрос на нескольких конференциях, и один из заместителей председателя областного суда сказал так: «Если у меня в деле будет достоверное заключение экспертов о стоимости этих объектов, я осужу».

Вопрос в том, где найти такого эксперта, который определит стоимость той же самой криптовалюты в момент хищения, — там же свои котировки, скажем, один биткойн стоит 10 тыс. долл. Но они имеют оборот, и это вопрос исключительно достоверности экспертного исследования.

Тут же можно провести аналогию: возможность оценки таких услуг, которые в легальном обороте отсутствуют, например услуг проституток или услуг по написанию

диссертаций. Можно ли их оценить, к примеру, как предмет взятки? Одно дело, если проститутке платят, и тогда получается, что предметом взятки являются заплаченные ей деньги, а она вроде как посредник, если она об этом знает. А другое — если ей просто говорят, мол, иди к этому чиновнику, окажи ему услуги, он нам подпишет документ. Запугали ее и не заплатили ни копейки. Можно ли это считать взяткой или нет? Пленум решил этот вопрос не разъяснять. Но если предмет, которым незаконно вознаградили чиновника, отсутствует в легальном обороте, то его нельзя оценить (если это, например, фальшивые деньги или наркотики). А предмет взятки всегда должен иметь стоимость. Значит, взяткой такое вознаграждение назвать нельзя.

Однако в случае с фальшивыми деньгами размер преступного оборота суды считают по их номиналу. Тогда логика такая: если мы можем квалифицировать фальшивомонетничество в крупном размере, то почему бы не признать фальшивые деньги предметом взятки, таким же образом рассчитав ее размер? А раз фальшивые деньги можно признать предметом преступления, то, может, и с токенами что-то такое придумается. Будет какая-нибудь условная биржа. Но опять же должно быть нормативное закрепление. Судья ведь рискует отменой приговора, а значит, он придумает массу поводов для применения ст. 237 УПК, чтобы вернуть это дело, потому что вынести оправдательный приговор тоже не вариант — начнутся опротестования со стороны обвинения. В итоге дело будет возвращено с намеком, чтобы больше в суд не поступало. Конечно, если такие дела будут направляться в суд, я предвижу здесь огромные проблемы именно в связи с невозможностью оценки этого нечто.

— Какие еще принципиальные вопросы решал Пленум?

— Пленум по-новому истолковал понятие «мошенничество», по сравнению со сложившейся к тому моменту практикой. Но он сохранил главное — критерии, отличающие мошенничество от простого неисполнения договорных обязательств. Дискуссия об этих критериях велась еще годом раньше, когда рабочей группой — другой, но объединившей примерно тех же участников — готовилось Постановление Пленума о предпринимательских преступлениях, об арестах¹⁴.

¹⁴ Постановление Пленума ВС РФ от 15.11.2016 № 48 «О практике применения судами законодательства, регла-

И там чуть было не появилась формулировка, исходя из которой умысел на мошенничество может возникнуть после получения имущества лица. Знаете, что это означало бы? То, что если я у вас взял деньги или какую-то вещь в долг, а потом решил не отдавать, то вы сможете обратиться с требованием о возврате своего имущества не в гражданский суд, а в органы следствия, сказав: вот он у меня такую-то вещь похитил, злоупотребив моим доверием. В рабочей группе Верховного Суда такой вариант не прошел ни тогда, ни сейчас. Поэтому для того, чтобы квалифицировать содеянное как мошенничество, нужно установить, что контрагент не собирался исполнять встречное обязательство еще до того, как получил по договору имущество. Допустим, вы мне продаете за 10 тыс. фотоаппарат. Я забираю фотоаппарат, обещаю вам заплатить, хотя с самого начала не собираюсь этого делать. А если я собираюсь платить, это всем известно, и более того, если доказано, что я собирался отдать вам деньги, но просто не отдаю, то это не мошенничество.

— Получается, органы следствия должны доказывать заведомость.

— Да, так и есть. У нас нет презумпции вины. Другой вопрос: каков будет стандарт доказывания? Предположим, следователь считает, что это доказано показаниями 5 человек. Подсудимый возражает: «Это люди, которые меня оговаривают». И тут мы возвращаемся к тому, о чем я говорил ранее.

Важно исследовать, какие должны быть стандарты доказывания по таким делам. Попытки их выработать уже предпринимались. Например, из одного решения Верховного Суда еще советских времен следовало, что необнаружение у подсудимого сколько-нибудь значительных денежных сумм следует трактовать как доказательство невиновности лица. Представляете? Сейчас, конечно, высший судебный орган не дал бы такое общее разъяснение, потому что опять же получается, что это близко к теории формальных доказательств. А принцип свободы оценки доказательств никак не соответствует такому подходу. Но на практике-то подобная формализация доказывания все равно есть.

ментирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности».

— А что делать, если потерпевший не передавал никакого имущества, а оказывал услуги, которые тоже имеют денежную оценку? Можно это признать мошенничеством?

— Услуга не является предметом мошенничества. Кстати, возникает вопрос: а что это такое? Вот есть состав: причинение ущерба путем обмана или злоупотребления доверием. Оценить ущерб можно в сумму оказанной услуги. Но таких дел почему-то нет. Допустим, вы помыли у меня окна, а я заведомо не собирался платить.

Получается, что если бы вы у меня взяли деньги, не собираясь мыть окна, и скрылись, то налицо состав мошенничества, а если я получил эту услугу и не собирался платить, то в моих действиях отсутствует состав преступления. А все потому, что в ст. 165 УК потерпевшим назван собственник имущества, тогда как вы, кому я не заплатил, так и не стали собственником «сэкономленных» мной средств.

Если не оплатил руководитель организации, тут можно хотя бы ст. 201 УК вменить. «Резиновый» состав злоупотребления полномочиями здесь как раз пригодится. В Постановлении Пленума по должностным преступлениям разъяснено — с подачи, кстати, нескольких профессоров, — что такой состав мог бы здесь быть при таком неисполнении, но на практике я этого не вижу.

— Хорошо, а если исполнение было, но в неполном объеме? Ведь хищение все равно будет, это соответствует пониманию эквивалентности при хищении. Но какой будет сумма похищенного?

— Здесь очень странная ситуация складывается. Я обычно привожу такой пример: мы заключили договор, по которому вы мне продаете машину за миллион рублей. Я отдаю вам 500 тысяч, получаю машину и обещаю отдать вторые 500 тысяч завтра, но я лгу. И не отдавать их я замыслил еще до того, как взял у вас машину. На какую сумму совершено мошенничество? Большинство правоприменителей, кого ни спросишь, говорят: надо считать половину. Предмет хищения — машина, а ущерб причинен всего на 500 тысяч. Вроде логика есть. Но высший судебный орган пишет, что при хищении имущества и одновременной замене его менее ценным имуществом квалифицировать деяние следует по всей сумме, т.е. получается миллион, и неважно, что я вам от-



дал половину. Вы можете заявить гражданский иск на 500 тысяч. Но хищение я совершил в миллионной сумме. Но представим, что я отдал вам 950 тысяч, а не захотел отдавать только 50. И что же, я все равно похитил миллион?

— А у правоприменителей на практике таких вопросов не возникает?

— Возникают, хоть и не так часто. Но что делать, есть Постановление Пленума.

Другой вопрос, что Пленум говорил об одновременности. А как быть, если обмен происходит не одновременно? Допустим, подрядная организация получила миллион и в течение следующего года выполнила работы на полмиллиона. Если будет установлено, что она с самого начала не собиралась ничего делать — только если что-то по мелочи для прикрытия, чтобы не арестовали, — то надо вменять ей этот миллион. Такой подход, кстати, повсеместно воспринят в судах по делам о кредитных хищениях. Если организация или любое виновное лицо получает миллион, потом возвращает 100, 200 тысяч, это не вычитают из суммы похищенного, а вменяют ему хищение на миллион. И суды возврат не принимают во внимание. Это правильный подход.

Оценивая Постановление Пленума о мошенничестве в целом, я поддержал бы все позиции Верховного Суда, кроме одной идеи — момента окончания хищения при использовании безналичных средств.

Раньше это был момент зачисления на счет, а сейчас — момент изъятия средств со счета владельца.

— Получается, что суды будут использовать не момент получения средств во владение, а момент их выбытия из владения потерпевшего.

— Пока только при мошенничестве в отношении безналичных средств.

— А если обвиняемый по какой-то причине не получил их, например банк перепутал реквизиты? Разве это не покушение?

— Именно это я и говорил на заседании Пленума. Иногда бывает, что операционист в одной цифре ошибся. И

что? Тоже считать преступление оконченным? Никто же не обогатился, средств не получил.

— Не противоречит ли это понятию хищения?

— Конечно, противоречит. И там очень много других вопросов возникает. Куда, например, отнести в уголовно-правовом смысле тех, кто предоставил свой счет заведомо для его использования при мошенничестве? Они у нас перестают быть соучастниками в виде соисполнителей. Но судам это удобно по ряду причин, в первую очередь из-за более простого решения вопроса о подсудности.

— В примечании 4 к ст. 159 УК РФ говорится, что мошенничество в предпринимательской сфере возможно только тогда, когда обе стороны являются коммерческими организациями или индивидуальными предпринимателями. Что делать, если речь идет об исполнении госконтракта, стороной которого является некоммерческая организация, например госучреждение? Являются ли эти составы предпринимательскими в процессуальном значении, т.е. применимо ли по ним заключение под стражу?

— Дело в том, что у нас мошенничество в сфере предпринимательской деятельности может быть совершенным и тогда, когда оно охватывается ч. 1–4 ст. 159. Я об этом писал почти два года назад¹⁵. Об этом нам говорит и УПК. Иначе говоря, тут есть критерий: преступления, которые совершены в сфере предпринимательской деятельности, квалифицируются по ч. 5–7 ст. 159 УК или по другим ее частям, и потерпевшим не обязательно должно быть коммерческая организация.

Если мошенник совершил преступление в сфере предпринимательской деятельности, арестовывать его нельзя.

Возьмем в качестве примера типичный случай, каких много в долевого строительстве. Генеральный директор строительной организации, давно законно работающей на рынке, заключил договор с рядом граждан, получив деньги, заведомо не желая выполнять обязательства. Квалифицировать это по ч. 5–7 ст. 159 нельзя, но и арестовывать его в соответствии с ч. 1.1 ст. 108 УПК тоже

¹⁵ Яни П.С. Предпринимательские преступления против собственности // Законность. 2017. № 1. С. 46–51.

нельзя, потому что он совершил мошенничество в сфере предпринимательской деятельности: он, повторяю, законно назначенный руководитель юридического лица, которое занималось законной деятельностью, помимо, конечно, указанного мошенничества.

— **Как Вы думаете, правильный подход избрал законодатель, исключив эти случаи из составов ч. 5–7 ст. 159? Ведь для исполнителя контракта статус его контрагента не влияет на характер его предпринимательской деятельности. Да и некоммерческим организациям разрешено заниматься предпринимательской деятельностью, если это не противоречит целям их создания.**

— Мы снижаем ответственность только того лица, которое совершило нарушение в отношениях сугубо предпринимательских. Наверное, смысл в этом.

Если тот же самый директор фирмы похитит средства у граждан, например у дольщиков, то никакой возможности для облегчения его судьбы нет, он просто мошенник. Потому что это не спор бизнес-структур.

— **В заключение хотелось бы задать отдельный вопрос по поводу банкротных составов. У нас сейчас есть две нормы — преднамеренное и фиктивное банкротство.**

— Там тоже, по-моему, единичные дела.

— **Почему эти нормы мертвые, на Ваш взгляд?**

— Они лишние.

— **Почему?**

— Потому что, например, преднамеренное банкротство подразумевает вывод активов. Что такое вывод активов? Это хищение, растрата — все, что охватывается составами ст. 159, 160, а также, возможно, злоупотребление полномочиями, та же ст. 201. Человек принимает на свое юридическое лицо какие-то неисполнимые гигантские обязательства, долги, и это все вписывается в общий состав 201-й статьи. И в ее ч. 2 и 3 предусмотрены довольно высокие санкции. Просто за этими статьями специальные банкротные составы оказались не видны. Плюс на это накладываются особенности регулирова-

ния в сфере банкротства, а оно очень сложное, так что не всем судам, например, понятен субъектный состав по таким делам. Зачем такие трудности, если можно поменять 160-ю и 201-ю статьи УК РФ?

Даже спор возник, кто потерпевший по этой категории дел. Понятно, что кредиторы. А само юридическое лицо может быть потерпевшим? А если оно становится потерпевшим и у него забрали имущество, то почему это состав о банкротстве, а не растрата? Вечно этот вопрос возникает, и я его задавал.

— **И что в итоге решили?**

— Что это охватывается составом растраты. Но мы решили это на одной из конференций, а для правоприменителей этот вопрос все равно остается непонятным. Просто приговоров по этим составам нет.

Дело в том, что в Постановлении Пленума о мошенничестве существенно изменилось понятие корыстной цели. И теперь суды получили широкое понимание данного признака¹⁶.

Ведь если раньше при хищении мы ограничивали, в силу традиций, круг обогатившихся лиц самим виновным, его соучастниками и близкими, то теперь написано: круг третьих лиц, в пользу которых виновный может обратиться похищенное имущество, не ограничен. Возникает вопрос: если директор фирмы для того, чтобы ее обанкротить, под пустой вексель отдает миллионное имущество, здания, сооружения третьему лицу — тоже организации, которую он же и возглавляет, то это третье лицо кто ему? Вообще никто, юридически мы не можем связи восстановить. Раньше говорили: «Ну, он же себя не обогатил? Давайте растрату не будем вменять. Давайте используем 201-ю статью или, может быть, 196-ю». Хотя куда все имущество девалось? А сейчас должна применяться ст. 160, и неважно, что он обогатил неизвестно кого. Теперь Деточкин снова вор.

— **По сути, снова получается некая дополнительная криминализация толкованием суда.**

— Именно, существенно расширены пределы применения уголовно-правовой нормы.

¹⁶ См. п. 26 Постановления.