

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»

Институт права

Кафедра «Уголовное право и процесс»

40.03.01 Юриспруденция

Уголовно-правовой

БАКАЛАВРСКАЯ РАБОТА

на тему Уголовная ответственность за мошенничество

Студент

Н.Н. Сукманов

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

Руководитель

П.А. Румянцев

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

Допустить к защите

Заместитель ректора - директор
института права,
канд. юрид. наук, доцент, С.И. Вершинина

(личная подпись)

«_____» _____ 2017г.

Тольятти 2017

АННОТАЦИЯ

Актуальность темы бакалаврской работы, на наш взгляд, достаточно высока. В наше время число преступлений в сфере мошенничества растет с каждым днем, и встречается все чаще.

Цель работы – рассмотреть понятие предмета преступления, подробно охарактеризовать действующее законодательство о мошенничестве, рассмотреть, также, все аспекты разграничения мошенничества от смежных составов преступления.

Задачи работы - проанализировать нормы материального права, действующие нормативно-правовые акты РФ в сфере преступлений, связанных с мошенничеством; изучить и обобщить материалы судебной практики по данному вопросу; проанализировать государственную политику в сфере мошенничества Российской Федерации; выявить на основе этого наиболее проблемные и сложные вопросы; изучить проблемы мошенничества в Российской Федерации, выяснить и рассмотреть причины роста преступлений в данной сфере, оценить нормы действующего законодательства РФ.

Работа включает введение, три главы, четыре параграфа, заключение и список литературы.

Общий объем работы составляет 73 страницы.

Содержание

Введение.....	6
Глава 1. Историко-теоретические аспекты мошенничества в российском и международном праве.....	8
1.1 Генезис понятия «мошенничества» в российском праве.....	8
1.2 Понятие и виды мошенничества по международным актам.....	13
Глава 2. Уголовно-правовая характеристика мошенничества.....	20
2.1 Объективные и субъективные признаки состава преступления.....	20
2.2 Квалифицированные составы и специальные виды мошенничества.....	27
Глава 3. Проблемы применения норм УК РФ о мошенничестве и способы их разрешения.....	41
Заключение.....	51
Список литературы.....	54
Приложение.....	60

Введение

Актуальность темы бакалаврской работы, на наш взгляд, достаточно высока. В наше время число преступлений в сфере мошенничества растет с каждым днем, и встречается все чаще.

Цель работы – рассмотреть понятие предмета преступления, подробно охарактеризовать действующее законодательство о мошенничестве, рассмотреть, также, все аспекты разграничения мошенничества от смежных составов преступления.

Задачи работы - проанализировать нормы материального права, действующие нормативно-правовые акты РФ в сфере преступлений, связанных с мошенничеством; изучить и обобщить материалы судебной практики по данному вопросу; проанализировать государственную политику в сфере мошенничества Российской Федерации; выявить на основе этого наиболее проблемные и сложные вопросы; изучить проблемы мошенничества в Российской Федерации, выяснить и рассмотреть причины роста преступлений в данной сфере, оценить нормы действующего законодательства РФ.

Для реализации задач использована комплексная методика исследования, которая включала теоретический анализ юридической литературы, анализ материалов судебной практики.

Методологическую и теоретическую основу настоящего исследования составляют диалектический метод и иные общенаучные методы познания социальных процессов: системный, сравнительно-правовой, конкретно-исторический, метод сравнительного анализа, и др.

В работе были использованы труды отечественных и зарубежных ученых, таких как Н.Ю. Клименко, А.В. Лужбина, К.А. Волкова, Е. Ошлыкова, А.И. Ролик и др., а также методические материалы и разработки по проблемам исследуемой темы.

Нормативной основой работы послужили нормы уголовного законодательства Российской Федерации, а также материалы судебной практики, которые имеют значение для рассматриваемых вопросов исследования.

Работа включает введение, три главы, четыре параграфа, заключение и список литературы.

Глава 1. Историко-теоретические аспекты мошенничества в российском и международном праве

1.1 Генезис понятия «мошенничества» в российском праве

Термин «мошенничество», используемый законодателем в Уголовном кодексе, иллюстрирует тесную связь языка и социальных реалий государства на протяжении нескольких веков.

Ранние памятники российского уголовного законодательства не содержат такого способа имущественных преступлений, как мошенничество, а также других видов имущественных преступлений, совершенных с помощью обмана. Они не нашли отражения в законах, так как были неизвестны и не характерны для общественно-политического и экономического устройства общества.

Нормы об ответственности за мошенничество формируются в законодательстве со второй половины XVI в. Указание на имущественное преступление в виде мошенничества впервые встречается в ст. 58 Судебника 1550 г.: «А мошеннику та ж казнь, что и татю, а обманщика бить кнутьем». Уложение 1649 г. не дополняет этого положения; по-прежнему не дается определения «мошенничество». По мнению некоторых исследователей, в то время оно означало хищение мошны или из мошны. Однокоренное существительное «мошенник» по своему лексическому значению - «карманник, тяглец, карманный вор; зерщик, обыгрывающий людей по базарам; воришка, обманщик»¹.

Мнения ученых о значении в XVI - XVII вв. термина «мошенничество» разделяются. Так, И.Я. Фойницкий полагал, что мошенничество было разновидностью татьбы и выражалось в виде мелкой кражи через обман; сам же термин происходит от слова «мошна», и в узком

¹Мошна - кошель, сумка (см.: Даль В.И. Толковый словарь русского языка. М., 2000. С. 393).

смысле мошенничество того периода следовало понимать как кражу кошны. К мошенничеству, по его мнению, следует относить и такое деяние, как внезапный, быстрый способ совершения кражи (например, срывание шапки)². По мнению М.И. Сизикова, под мошенничеством в рассматриваемый период следует понимать карманную кражу³. М.Ф. Владимирский-Буданов считал, что поскольку слово «мошенник» в Судебнике поставлено рядом со словом «обманщик», то данный вид преступления следует рассматривать как похищение чужих вещей посредством обмана⁴. На наш взгляд, мошенничество в данном случае приравнивалось к татьбе (краже), и обман не являлся составообразующим признаком данного преступления, поскольку за него предусматривалось иное наказание.

В Указе от 3 апреля 1781 г. «О суде и наказаниях за воровство разных родов и о заведении рабочих домов во всех губерниях»⁵ (ст. 5) законодатель впервые разъясняет понятие мошенничества: «воровство мошенничество есть, буде кто на торгу или в ином многолюдстве у кого из кармана что вынет или обманом, или вымыслом, или внезапно у кого что отымет, или унесет... или, купя, не платя денег, скроется, или обманом, или вымыслом продаст, или отдаст поддельное за настоящее, или весом обвесит, или мерою обмерит, или что подобное обманом или вымыслом себе присвоит ему не принадлежащее, без воли, без согласия того, чье оно». Однако в данной диспозиции с точки зрения современного российского законодательства содержатся признаки и других уголовно-правовых норм о хищениях: кражи, грабежа, причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием, разбоя. Важно отметить, что в этом определении мошенничества подчеркивался его основной признак, который в настоящее

²Фойницкий И.Я. Мошенничество по русскому праву. Спб., 1871. Ч. I. С. 21, 29.

³Сизиков М.И. История государства и права России с XVII до начала XIX века. М., 1998. С. 102.

⁴Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. 3-е изд., доп. Ростов-н/Д, 1995. С. 362.

⁵Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. Т. XXI. N 15147.

время отделяет его от других видов хищения чужого имущества - обман как способ, посредством которого имущество переходит от законного владельца к преступнику.

В последующих законодательных актах мошенничество выделяется как самостоятельный вид преступления против собственности и детализируются его отдельные характеристики. В Уложении 1845 г. достаточно подробно описывается состав мошенничества в разделе двенадцатом «О преступлениях и проступках против собственности частных лиц» в главе третьей «О похищении чужаго имущества». Согласно ст. 1665 «мошенничеством признается всякое, посредством какого-либо обмана учиненное похищение чужих вещей, денег или инагодвижимаго имущества». И.Я. Фойницкий отмечает, что «понятие мошенничества сводится к умышленному посредством обмана похищению чужого движимого имущества с целью присвоения его. Отличие его от кражи и грабежа лежит в способе деятельности, состоящем в похищении посредством обмана»⁶.

Формулировка мошенничества, закрепленная в Уложении 1845 г., использовалась и в начале XX века, в Уложении 1903 г. Нормы об ответственности за данную форму похищения чужого движимого имущества были расположены в отдельной главе 33 «О мошенничестве». Отметим, что в дореволюционном законодательстве в качестве предмета мошенничества называлось только движимое имущество, а в качестве способа - только обман.

В Уголовном кодексе РСФСР 1922 г. законодатель несколько упрощает конструкцию данного вида имущественных преступлений. В ст. 187 мошенничество определяется как «получение с корыстной целью имущества или права на имущество посредством злоупотребления доверием или обмана». В Уголовном кодексе РСФСР 1926 г. в определении

⁶Фойницкий И.Я. Курс уголовного права: (Часть Особенная): Посягательства личные и имущественные. СПб., 1907. С. 246.

мошенничества сначала описывается способ совершения преступления («злоупотребление доверием или обман»), а затем - цель (получение «чужого имущества или права на имущество или иных личных выгод»). Данные признаки в Уголовном кодексе РСФСР 1960 г. и в Уголовном кодексе 1996 г. сохранились в качестве обязательных для признания деяния мошенничеством.

Таким образом, уголовно-правовая норма об ответственности за мошенничество появилась в российском законодательстве достаточно поздно (во второй половине XVI в.). Анализ однокоренного существительного «мошна» (кошель, сума) позволяет предположить, что данный вид хищения первоначально рассматривался как мелкая карманная кража. Обязательный признак мошенничества - обман, являющийся таковым и в действующем Уголовном кодексе, закрепился законодательно в XVIII в. По сравнению с описанием других способов хищения признаки мошенничества в Указе 1781 г. перечислены достаточно подробно. Понятие «мошенничество» с развитием уголовного законодательства изменилось, утратив лексическое значение употребляемого в качестве соответствующего термина существительного.

Особенность современного законодательного описания хищения в форме мошенничества состоит в том, что в нем содержится указание на два различных предмета (чужое имущество и право на чужое имущество) и два способа (обман и злоупотребление доверием). Из диспозиции нормы о мошенничестве следует, что хищение чужого имущества противопоставляется с помощью разделительного союза «или» приобретению права на чужое имущество. Сопоставляя определения мошенничества и хищения, можно заметить, что понятие «хищение» охватывает только часть нормы о мошенничестве, а именно - хищение чужого имущества путем обмана или злоупотребления доверием. Право на чужое имущество предметом хищения не является, что следует из его определения. Если считать, что «приобретение права на чужое имущество»

соответствует содержанию понятия «обращение чужого имущества», то его отделение от хищения чужого имущества в определении мошенничества не имеет смысла, так как повторяет общее определение хищения.

В отличие от описания других способов хищения в конструкции состава мошенничества для указания на способ использована предложная связь⁷. Предлог «путем» имеет значение «посредством, при помощи чего-нибудь»⁸. Предложные сочетания, в которых отношения между словами выражаются не только падежными окончаниями, но и предлогом, имеют более конкретный характер, связь между словами уточняется. Сравним: а) хищение чужого имущества при помощи (чего?) обмана и б) хищение чужого имущества (как?) обманом.

На наш взгляд, употребленный в Кодексе вариант более конкретен и приемлем для языка закона. По своему лексическому значению мошенничество - «обман, неблагоприятные действия с корыстными целями»⁹; мошенничать - «прибегать к обману, нечестным, недобросовестным поступкам с целью получения наживы или каких-либо личных выгод»¹⁰.

Таким образом, в языке мошенничество достаточно ясно соотносится с обманом, именно обман как неблагоприятные действия делает данный способ хищения узнаваемым и отличаемым от других. Это ставит под сомнение выделение в качестве способа хищения путем мошенничества злоупотребления доверием, которое может рассматриваться как разновидность обмана, например, наряду с умолчанием, письменной формой, конклюдентными действиями.

В официальном проекте Уголовного кодекса 1996 г. злоупотребление доверием не указывалось в качестве способа совершения мошенничества. В ходе работы над проектом отмечалось, что при мошенничестве

⁷Розенталь Д.Э., Теленкова М.А. Словарь-справочник лингвистических терминов. Лексико-синтаксическая связь между словами, осуществляемая при помощи предлогов М., 1976. С. 314

⁸Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 516.

⁹Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 294.

¹⁰Словарь синонимов / Под ред. А.П. Евгеньевой. М., 1976. С. 238.

злоупотребление доверием всегда сочетается с обманом, поэтому способом мошенничества необходимо считать обман. С появлением в законе статьи об ответственности за хищение чужого имущества, вверенного виновному, не осталось оснований выделять злоупотребление доверием в качестве самостоятельного способа мошенничества¹¹. Слова «доверие» и «вверенное» (имущество) являются однокоренными, что подразумевает единство их значения в языке и иллюстрирует дублирование нормы в законе. Таким образом, в определении мошенничества мы сталкиваемся с выделением частного признака из общего, их уравниванием при назначении наказания, в связи с чем считаем возможным понимать мошенничество как хищение путем обмана.

1.2. Понятие и виды мошенничества по международным актам

Федеральным законом от 29.11.2012 N 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» серьезно реформировано учение о мошенничестве, что вызвало многочисленные научные дискуссии.

Мировой экономический кризис, увеличение количества коррупционных преступлений, расцветание теневого бизнеса повлекло очередные витки передела собственности. Очень много дел о мошенничестве рассматривается Европейским Судом по правам человека (См. приложение 1).

Важным документом является Регламент N 2454/93 Комиссии Европейских сообществ, определяющий положения по имплементации Регламента (ЕЭС) 2913/92 Совета ЕС, устанавливающего Таможенный

¹¹Преступление и наказание: комментарий к проекту УК России / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и А.В. Наумова. М., 1993. С. 145.

кодекс Сообщества, принятый в г. Брюсселе 02.07.1993, где сказано о мошенничестве в особо крупном размере.

Расширительное толкование мошенничества как ряда неправомерных действий дано в Конвенции Совета Европы против манипулирования спортивными соревнованиями (CETS N 215) (заключена в г. Маглингене 18.09.2014), в которой Россия участвует: каждая Сторона обеспечивает возможность в соответствии с ее законодательством уголовного преследования за манипулирование спортивными соревнованиями, если оно включает действия по принуждению, коррупции или мошенничеству, как они определены в ее законодательстве.

В Конвенции Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии, конфискации доходов от преступной деятельности и финансировании терроризма (CETS N 198) (заключена в г. Варшаве 16.05.2005) мошенничество отнесено к тяжким преступлениям, которые стали возрастающей международной проблемой, требуют применения современных и эффективных методов в международном масштабе (п. «i» Дополнения).

В ст. 15 Конвенции N 189 Международной организации труда «О достойном труде домашних работников» (Россия не участвует), заключенной в г. Женеве 16.06.2011, статья 15 предусматривает, что в целях обеспечения действенной защиты домашних работников от недобросовестной практики каждое государство-член, в частности: обеспечивает применение надлежащих механизмов и процедур в целях рассмотрения жалоб и случаев предполагаемых злоупотреблений и мошеннической практики, касающихся действий частных агентств занятости в отношении домашних работников; рассматривает целесообразность, в случае если домашние работники набираются в одной стране для работы в другой стране, заключения двусторонних, региональных или многосторонних соглашений в целях предотвращения случаев злоупотреблений и мошеннической практики в

области набора, трудоустройства и занятости персонала. В данном документе говорится о мошенничестве как о широком круге обманных действий.

О мошенничестве как виде подлога сказано в нескольких международных актах, например, в ст. 8 Директивы N 2008/106/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О минимальном уровне профессиональной подготовки моряков (новая редакция)» (принята в г. Страсбурге 19.11.2008), где подчеркнута необходимость предотвращения мошенничества и противоправных практических действий, связанных с выданными сертификатами и удостоверениями.

В Регламенте N 1141/2014 Европейского Парламента и Совета Европейского союза «Об Уставе и финансировании европейских политических партий и европейских политических фондов», принятом в г. Страсбурге 22.10.2014, особо обращено внимание на мошенническое использование персональных данных.

В Регламенте N 978/2012 Европейского Парламента и Совета Европейского союза «О применении схемы обобщенных тарифных преференций и об отмене Регламента (ЕС) Совета ЕС 732/2008», принятом в г. Страсбурге 25.10.2012, речь идет о частных случаях мошенничества, касающихся происхождения продуктов и процедур, относящихся к ним. СССР с 1 сентября 1991 года присоединился к Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, заключенной в г. Вене 11.04.1980. Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров, принятый в г. Нью-Йорке в 2008 г., содержит правило о внутреннем понимании каждой страной понятия мошенничества в отношении заключенных договоров. Заслуживает внимания общий принцип, согласно которому даже очень небрежный покупатель заслуживает большей защиты, чем совершивший мошенничество продавец.

Во Всемирной почтовой конвенции, заключенной в г. Дохе 11.10.2012, сказано о запрете отправок, пересылаемых для содействия акту мошенничества. Таким образом, речь идет о пособничестве мошенническим действиям.

Специальные виды мошенничества - с использованием компьютерных технологий - предусмотрены в Конвенции о преступности в сфере компьютерной информации (ETS N 185), заключенной в г. Будапеште 23.11.2001: лишения другого лица его собственности путем любого ввода, изменения, удаления или блокирования компьютерных данных или любого вмешательства в функционирование компьютерной системы, мошеннические или бесчестные намерения неправомерного извлечения экономической выгоды для себя или для иного лица.

В Стокгольмской программе «Открытая и безопасная Европа, которая служит своим гражданам и защищает их» (2010/C 115/01), принятой 04.05.2010 (Россия не участвует), Европейский совет призывает государства - члены ЕС и при необходимости Европейскую комиссию, в частности, повысить эффективность преследований за неуплату налогов и коррупцию в частном секторе и раннего выявления мошеннических злоупотреблений на рынке (таких, как инсайдерская торговля и манипулирование рынком), а также незаконного присвоения денежных средств.

Понимание мошенничества как представление ложных сведений содержится в Пояснительном докладе к Европейской конвенции о гражданстве, принятом в г. Страсбурге 06.11.1997. В Докладе сказано, что мошенничество, представление ложной информации или сокрытие любого относящегося к делу факта должно являться результатом намеренного действия или бездействия со стороны заявителя, которое послужило важным фактором в приобретении гражданства. Кроме того, для целей Конвенции «сокрытие любого относящегося к делу факта» означает сокрытие соответствующего условия, которое помешало бы получению гражданства

заинтересованным лицом (например, двоебрачие). В данном контексте «относящиеся к делу» факты означают такие факты (например, сокрытие другого гражданства, сокрытие судимости за совершение серьезного преступления), которые, если бы о них было известно до предоставления гражданства, привели бы к отказу от предоставления такого гражданства.

Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП/TIR Convention), заключенная в г. Женеве 14.11.1975, предусматривает мошенничество как фальсификацию (подлог) документов (книжки МДП). Во избежание строгого контроля в таможенном месте отправления нарушители могут попытаться сфальсифицировать оформление подлинной книжки МДП в таможенном месте отправления посредством использования поддельных таможенных печатей и пломб. Поэтому таможенное (таможни) выезда, находящаяся (находящиеся) в стране (странах) отправления, играет (играют) решающую роль в разоблачении такой мошеннической деятельности и должна (должны) проверять подлинность таможенных пломб и печатей, по возможности проверять соответствие сведений в грузовом манифесте книжки МДП сведениям, содержащимся в других сопровождающих документах (например, грузовой экспортной декларации, накладной КДПГ и т.д.), которые обычно проверяются в таможнях места отправления.

Мошенничество как хищение понимается в Европейской конвенции о правонарушениях в отношении культурных ценностей (ETS N 119) (заключена в г. Дельфы 23.06.1985, Россия не участвует) - деяния, состоящие в незаконном приобретении культурных ценностей другим лицом, независимо от того, квалифицируются ли такие деяния национальным законодательством как незаконное присвоение, мошенничество, злоупотребление доверием и иным образом.

Интересным представляется толкование мошенничества не как вида обмана, предусмотренное в статье 89 Конвенции о Единообразном законе о

международной купле-продаже товаров (ULIS) (заключена в г. Гааге 01.07.1964, Россия не участвует): в случае обмана или мошенничества сумма возмещения убытка будет определяться правилами, применимыми к договорам продажи, не регулируемым настоящим Законом.

В заключение следует подчеркнуть важное для теории и практики понимание мошенничества как коррупционного преступления. Об этом сказано в Рекомендации по совершенствованию законодательства государств - участников СНГ в сфере противодействия коррупции, принятой в г. Санкт-Петербурге 23.11.2012 Постановлением 38-17 на 38-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ. В Рекомендации Базельского комитета по банковскому надзору «Принципы совершенствования корпоративного управления» (г. Базель, октябрь 2010 года) говорится, что кодекс поведения в кредитных организациях или аналогичный порядок должен определять, что считать приемлемым и неприемлемым поведением. Особенно важно, чтобы такой порядок исключал возможность предосудительной или незаконной деятельности, как, например, ложная финансовая отчетность, отмывание денег, мошенничество, подкуп или коррупция. Кодекс поведения должен исключать принятие чрезмерных рисков, что должно также предусматриваться внутренней корпоративной политикой.

Специально созданное Европейское бюро по борьбе с мошенничеством OLAF выполняет расследования для выявления того, имелись ли мошенничество, коррупция или иная незаконная деятельность, касающаяся финансовых интересов Союза (Россия не участвует), а также Евроюст, созданный решением N 2002/187/JAI Совета Европейского союза «О создании Евроюст в целях усиления борьбы с тяжкой преступностью» (г. Брюссель, 28.02.2002), нацелен на противодействие мошенничеству и коррупции, а также любому уголовному правонарушению, посягающему на финансовые интересы Европейского сообщества.

Закончим наш обзор международных актов о противодействии мошенничеству статьей 15 «Защита финансовых интересов Европейского сообщества» Регламента N 1889/2006 Европейского Парламента и Совета Европейского союза «Об установлении финансового инструмента для развития демократии и прав человека во всем мире» (принят в г. Брюсселе 20.12.2006, Россия не участвует), предусматривающей, что любое соглашение или контракт, вытекающий из исполнения Регламента, должны содержать положения, гарантирующие защиту финансовых интересов Европейского сообщества, в частности, в отношении мошенничества, коррупции и любого другого несоблюдения норм, чтобы защитить финансовые интересы Европейских сообществ от мошенничества и иных правонарушений.

Мировому сообществу следует объединять усилия в противодействии всем видам мошенничеств, так как от своевременной, результативной защиты финансовой системы зависит безопасность, стабильность обществ на современном этапе мирового кризиса.

Глава 2. Уголовно-правовая характеристика мошенничества

2.1. Объективные и субъективные признаки состава преступления

Толкование понятия «приобретение права на чужое имущество», закрепленного в ч. 1 ст. 159 УК РФ, в доктрине уголовного права преимущественно имело ограничительный характер, оно его связывает с правом собственности на чужое имущество. И, как правило, на имущество недвижимое. Судебная практика по уголовным делам о мошенничестве знает примеры привлечения к уголовной ответственности лиц, приобретавших право собственности на недвижимое имущество посредством обмана либо злоупотребления доверием.

Скажем, право пользования квартирой подразумевает право постоянного проживания в ней. Весьма интересным является пример судебной практики, опубликованный почти 20 лет назад.

М. был признан виновным по ч. 1 ст. 147 УК РСФСР в том, что он путем мошенничества приобрел право на жилую площадь Авдеевых. Указав на ошибочность его осуждения, Верховный Суд РФ мотивировал свое решение тем, что Авдеевы не являлись ни собственниками, ни владельцами квартиры, которая находилась в ведении и в собственности департамента муниципального жилья правительства Москвы. Смена нанимателей квартиры не причинила ущерба собственнику имущества. Таким образом, между М. и Авдеевыми имелись гражданско-правовые отношения, регулируемые жилищным законодательством¹².

Следует заметить, что исторически формирование составов преступлений в советский период развития общества в силу изменения социально-политической организации общества было обусловлено

¹² Обзор судебной практики Верховного Суда РФ по рассмотрению уголовных дел в порядке надзора от 20 октября 1997 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. N 11. С. 17.

сокращением круга преступлений, посягающих на различные имущественные права. Это, в свою очередь, привело к сокращению количества видов имущества, на которые возможно было посягательство в рамках преступлений против собственности. Не случайно доктрина преступлений против имущества и имущественных прав была заменена доктриной преступлений против собственности, нашедшей закрепления в Уголовном кодексе РСФСР 1960 г.

Рыночные отношения, обусловившие увеличение количества имущественных прав и расширившие их оборотоспособность, требуют закрепления ответственности за посягательства на эти права, однако вряд ли целесообразно осуществлять такую криминализацию за счет придания нового содержания понятию «приобретение права на имущество» в рамках ст. 159 УК РФ. Законодателю следует обратиться к опыту конструирования составов преступлений в дореволюционной России с учетом того, какое имущественное благо нарушается. В Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. было достаточно много норм, защищавших отдельные имущественные права.

Основной состав мошенничества предусматривает ответственность общего субъекта, и лишь в качестве отягчающего ответственность обстоятельства определяет повышенную ответственность для лица, использующего свое служебное положение. Такая квалификация соответствует положению, закрепленному в ч. 1 ст. 34 УК РФ, о том, что «ответственность соучастников преступления определяется характером и степенью фактического участия каждого из них в совершении преступления».

В соответствии с ч. 2 ст. 34 УК РФ соисполнители отвечают за совершенное преступление без ссылки на ст. 33 УК РФ. Это общее правило квалификации преступления, совершенного соисполнителями, не вызывает сомнения. Это общее правило должно применяться и в отношении

соисполнителей при совершении преступления группой лиц, в составе которой находилось лицо, использовавшее свое служебное положение.

Использование служебного положения в данном случае характеризует способ совершения преступления, а, следовательно, составляет объективную сторону преступления либо часть объективной стороны. Другие соучастники, не обладающие статусом специального субъекта преступления, выполнившие определенную часть объективной стороны преступления, совершенного группой лиц по предварительному сговору, должны нести ответственность за преступление, совершенное группой лиц, по той части статьи Особенной части УК РФ, в которой закреплено это обстоятельство - «группа лиц». Лицо же, использовавшее свое служебное положение, подлежит ответственности по той части статьи Особенной части, которой данное отягчающее обстоятельство - использование служебного положения - предусмотрено.

В случае совершения преступления организованной группой лиц практического значения выделение лица, обладающего служебным положением и использовавшего его для совершения преступления, иметь не будет. Действия всех соисполнителей следует квалифицировать по соответствующей части статьи УК, устанавливающей указанное отягчающее обстоятельство.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. N 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» сказано, что «от совокупности преступлений следует отличать продолжаемое хищение, состоящее из ряда тождественных преступных действий, совершаемых путем изъятия чужого имущества из одного и того же источника, объединенных единым умыслом и составляющих в своей совокупности единое преступление».

Характеризуя единое продолжаемое хищение, Верховный Суд РФ называет ряд обстоятельств, среди которых указаны объективные и

субъективные признаки такого преступления. Начнем с субъективного признака. Единый умысел означает, что виновный рассматривает акты преступного посягательства в единстве как цель, которую ставит перед собой для достижения определенного результата, например, для получения определенного количества имущества, определенного родовыми признаками, измеряемого количеством единиц, весом, объемом и пр. свойствами. Целью виновного может быть хищение неделимой вещи, которую он похищает по частям.

В числе объективных признаков продолжаемого хищения названо два - тождественность преступных действий и единый источник, из которого осуществляется изъятие чужого имущества.

Тождественность действий следует понимать как совпадение, полное сходство. Разумеется, полного сходства в объективной действительности не существует. Поэтому, не вдаваясь в рассуждения философского характера, ограничимся тождеством юридическим, под которым будем понимать оценку деяний как самостоятельное преступление, подпадающее под одну и ту же уголовно-правовую норму. Один и тот же источник, полагаем, следует связывать с объектом, из которого осуществляется посягательство либо принадлежность различных объектов одному и тому же потерпевшему.

Возвращаясь к поставленному вопросу, следует отметить, что при понимании юридического тождества как оценки совершенных актов посягательства по одной из статей из числа перечисленных о едином продолжаемом преступлении говорить можно, если мошенничества были совершены по единому умыслу.

Ответ на вопрос о наличии продолжаемого преступления в указанном случае связан с предыдущим. Если не игнорировать требование о едином источнике похищаемых средств, а они, судя по всему, будут различными, то деяния, предусмотренные ст. 159.1 УК РФ, следует квалифицировать как самостоятельные преступления, т.е. по совокупности преступлений.

Приведем любопытный пример квалификации мошенничества как единого продолжаемого преступления.

Ленинский районный суд г. Владикавказа осудил Х. и Т. по ч. 4 ст. 159 УК РФ за хищение чужого имущества путем обмана, совершенного группой лиц по предварительному сговору, в крупном и особо крупном размере. Т., вступив в преступный сговор с Х., являясь специалистом отдела обслуживания и продаж дополнительного офиса, используя сведения о лицах, на счетах которых находились денежные средства, незаконно открывала на их имя дебетовые пластиковые карты. Полученные карты она вместе с кодами доступа к счетам потерпевших и кодами и паролями дебетовых карт передавала У., который, используя сеть «Интернет», осуществлял перевод денежных средств на дебетовые карты, а затем перечисленные на них денежные средства снимал через банкомат. Органы предварительного расследования квалифицировали содеянное как совокупность преступлений, предусмотренных различными частями ст. 159 УК РФ¹³.

В нашем примере ущерб был причинен разным потерпевшим¹⁴, хотя денежные средства были похищены из одного и того же кредитного учреждения. Умыслом виновных охватывалось совершение преступлений в отношении неопределенного числа лиц, однотипным способом и неопределенное количество раз. Суд квалифицировал деяние по ч. 4 ст. 159 УК РФ, посчитав, что изъятие имущества было совершено из одного источника, каковым признан банк, при этом потерпевшими от преступления были признаны физические лица - владельцы банковских счетов.

А.А. Бакрадзе указывает в числе признаков, свидетельствующих о продолжаемом мошенничестве, на то, что преступные акты были осуществлены в отношении одного и того же потерпевшего.

¹³Приговор Ленинского районного суда г. Владикавказа от 22 октября 2013 г. по делу N 1-254/2013.

¹⁴Бакрадзе А.А. Продолжаемое мошенничество: теория и практика // Безопасность бизнеса. 2014. N 2. С. 23 - 29.

Изменение взгляда на продолжаемое хищение потребует изменения редакции определения продолжаемого хищения, содержащегося в п. 16 названного документа Пленума, для чего следует сделать акцент не на единый источник, а на общую цель при наличии единого умысла. Такая цель, по-видимому, может состоять в завладении определенным количеством материальных благ.

Глава 42 ГК РФ не делает исключения для лиц, являющихся юридическими, и предусматривает возможность заключения кредитного договора с такими лицами о предоставлении кредита на условиях срочности, платности и возвратности предмета кредита (денежных средств).

Под мошенничеством, совершенным путем умолчания, следует понимать пассивную разновидность обмана, заключающуюся в несообщении фактических обстоятельств (фактов), наступление которых является основанием для прекращения права на получение социальных выплат. Основания эти весьма разнообразны и связаны с возникновением права на получение выплат. Преступление следует считать оконченным с момента получения первой выплаты, после появления обстоятельства, влекущего прекращение данных выплат, при условии, что виновное лицо осознавало появление такого обстоятельства (было уведомлено о его появлении).

Описание признаков объективной стороны свидетельствует о двух способах совершения преступления. Для первого способа характерно то, что совершить преступление может любое лицо, обладающее признаками общего субъекта. Преступление, совершенное путем умолчания о фактах, влекущих прекращение указанных выплат, совершает лицо, ранее получавшее указанные выплаты на законных основаниях (т.е. специальный субъект).

Легального определения понятия «уполномоченный работник кредитной, торговой или иной организации» нет. Поэтому под ним следует понимать лицо, наделенное правом либо обязанное осуществлять идентификацию владельца банковской карты, используемой при

осуществлении расчетов перед совершением соответствующей сделки, проведением финансовой операции.

Согласно ст. 854 ГК РФ списание денежных средств со счета клиента осуществляется банком на основании распоряжения клиента, т.е. владельца карты, а, следовательно, и счета. Исключение может составлять случай, когда существует договор между клиентом и собственником карты (эмитентом), предусматривающий иной порядок.

Виновный, предоставляя карту для совершения операции как свою, предполагает, что работник торговой (иной) организации может ее проверить с целью идентификации держателя карты (владельца). Таким образом, он вводит «уполномоченного работника» в заблуждение относительно того, что является владельцем карты и обладает правом распорядиться средствами, находящимися на счете в банке. Последующие действия виновного в случае установления идентичности владельца путем проверки паспорта, сходства подписи не изменяют оценки содеянного им как злоупотребления доверием с момента предъявления карты для совершения финансовой операции.

Факт проверки карты, установление принадлежности лицу, ее предъявившему, либо несовершение указанных действий не должно влиять на оценку деяния как мошенничества с использованием платежных карт, т.е. хищения чужого имущества, совершенного с использованием поддельной или принадлежащей другому лицу кредитной, расчетной или иной платежной карты путем обмана уполномоченного работника кредитной, торговой или иной организации (ст. 159.3 УК).

Иное дело, когда работник торговой организации в сговоре с преступником или сам проводит расчеты с чужой карты. Тогда обмана нет, и хищение следует оценивать как кражу.

Как следует из Обзора судебной практики по применению Федерального закона от 29 ноября 2012 г. N 207-ФЗ «О внесении изменений в УК РФ и отдельные законодательные акты Российской Федерации» и

Постановления Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 2 июля 2013 г. N 2559-6 ГД «Об объявлении амнистии», суды, толкуя понятие «сфера предпринимательской деятельности», используют конструкцию, предложенную в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. N 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога». В основу такого толкования положено содержание ч. 3 ст. 20 УПК РФ.

Преднамеренность неисполнения договорных обязательств означает, что лицо, являющееся руководителем (выступающее представителем организации) или являющееся предпринимателем, до момента заключения договора либо до его исполнения не намерено выполнять принятое на себя (организацию) обязательство по совершению работ, оказанию услуг, иных действий в пользу контрагента, а также по возврату или оплате имущества, рассчитывая противозаконно завладеть им, сознавая, что тем самым причинит ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества¹⁵.

2.2. Квалифицированные составы и специальные виды мошенничества

Нормы о специальных видах мошенничества (ст. 159.1 - 159.6 УК РФ) усложнили привлечение виновного к уголовной ответственности¹⁶. Получение пособия по временной нетрудоспособности при предъявлении поддельного листа временной нетрудоспособности должно квалифицироваться как мошенничество при получении выплат (ст. 159.2 УК РФ), или как мошенничество в сфере страхования (ст. 159.5 УК РФ), или рассматриваться как два вида мошенничества в идеальной совокупности?

¹⁵Кошаева Т.О. Судебная практика и вопросы квалификации по уголовным делам о мошенничестве // Комментарий судебной практики / Под ред. К.Б. Ярошенко. М.: Контакт; Инфра-М, 2013. Вып. 18.

¹⁶ Федеральный закон от 29 ноября 2012 г. N 207-ФЗ "О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации" // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>.

К выплатам согласно ст. 159.2 УК РФ относятся только выплаты, являющиеся мерами социального характера. Однако понятие «социальная выплата» носит бланкетный характер, в связи чем для раскрытия его содержания требуется обращаться к законам и нормативным правовым актам, регулирующим отношения в области названных выплат. Предметом рассматриваемого мошенничества выплата является, когда в нормативном правовом акте имеется прямое указание на ее социальный характер, и в ситуации, когда такой характер устанавливается из содержания соответствующей выплаты.

Не относятся к социальным такие выплаты, которые направлены на стимулирование, развитие хозяйственной деятельности, связаны с компенсацией уплаты процентов по кредитам и др.

Пособие по болезни является социальной выплатой в случае временной нетрудоспособности лица. Но это пособие выдается из средств Фонда социального страхования при страховом случае - заболевании. Болезнь является одним из страховых случаев (которыми могут быть инвалидность, рождение ребенка, смерть человека, потеря кормильца и др.). В соотношении норм о мошенничестве в сфере выплат и в сфере страхования норму, закрепленную ст. 159.2 УК РФ, следует рассматривать как полностью охватывающую содеянное и применять именно ее, а не ст. 159.5 УК РФ.

Вопрос о соотношении этих норм может возникнуть при социальных выплатах средств из соответствующих бюджетов или средств внебюджетных фондов (Пенсионного фонда РФ, Фонда социального страхования, Фонда обязательного медицинского страхования), благотворительных фондов, негосударственных пенсионных фондов, гуманитарных организаций и т.д., обеспечивающих страховые случаи социального характера.

Страховые случаи помимо выплат социального характера распространяются на компенсации и денежное возмещение, не имеющие указанного характера. Последними являются, например, страховая сумма

возмещения ущерба в результате автомобильной аварии, или вследствие отмены авиарейса, или повреждения квартиры и имущества из-за пожара и т.п. Здесь последние страховые случаи никак не связаны с социальными выплатами, которые предусмотрены ст. 159.2 УК РФ. Следовательно, конкуренции указанных норм нет.

Имеются смежные уголовно-правовые нормы, у которых одинаковыми являются общие признаки, характеризующие базовое понятие мошенничества, страховой характер возмещения, а смежность касается социального аспекта. В ст. 159.2 УК РФ выплаты, компенсации, субсидии должны иметь социальный признак, в то время как возмещение при указанном в ст. 159.5 УК РФ характеризуется его отсутствием.

Полагаю, возможна и совокупность преступлений, предусмотренных ст. 159.2 и 159.5 УК РФ. Только реальная. Лечение фиктивного заболевания в клинике или амбулаторно на первый взгляд охватывается признаками состава, закрепленного ст. 159.2 и 159.5 УК РФ. Заболевание - страховой случай, оплата лечения осуществляется за счет средств фонда обязательного (или добровольного) медицинского страхования. Оплата лечения распространяется на любое лицо, как работающего, так и безработного, пенсионера, школьника и т.п. Главное, чтобы это лицо было охвачено обязательным или добровольным медицинским страхованием. Указанная оплата лечения заболевания является социальной выплатой (за исключением добровольного медицинского страхования). Применять нужно норму о мошенничестве в сфере выплат (ст. 159.2 УК РФ), полностью охватывающую содеянное, а не уголовно-правовую норму в сфере страхования (ст. 159.5 УК РФ).

Если в дальнейшем «выздоровевший» предъявил по месту работы лист временной нетрудоспособности, то при получении пособия за счет средств Фонда социального страхования за время отсутствия на работе таким лицом совершается новое мошенничество, установленное ст. 159.2 УК РФ.

Совершение этим же лицом страхового мошенничества, например, получение страхового возмещения за фиктивную кражу автомобиля, образует третье мошенничество, предусмотренное ст. 159.5 УК РФ. Три рассмотренных мошенничества составляют реальную совокупность преступлений (ст. 159.2, ст. 159.2 и ст. 159.5 УК РФ).

Нормы о специальных видах мошенничества (ст. 159.1 - 159.6 УК РФ) являются приоритетными перед общей нормой об ответственности за мошенничество (ст. 159 УК РФ) согласно ч. 3 ст. 17 УК РФ.

Специальные виды мошенничества выделены в зависимости:

а) от сферы экономической деятельности, в которой совершается преступление (кредитование - ст. 159.1, страхование - ст. 159.5) (объект преступления),

б) от средства и способа совершения (банковские карты - ст. 159.3, компьютерная информация - ст. 159.6) (объективная сторона),

в) от выплаты в социальной сфере (как предмет мошенничества - ст. 159.2) (объект мошенничества).

Специальные мошенничества характеризуются наличием в деянии всех признаков хищения, указанных в примечании 1 к ст. 158 УК РФ.

Квалифицирующими признаками преступлений являются совершение деяния:

- группой лиц по предварительному сговору (ч. 2 всех статей),
- организованной группой (ч. 4 всех статей),
- с использованием своего служебного положения (ч. 3 всех статей),
- с причинением значительного ущерба гражданину (ч. 2 ст. 159.3, 159.5 и 159.6 УК РФ),
- в крупном размере (ч. 3 всех статей),
- в особо крупном размере (ч. 4 всех статей).

Крупный размер специальных мошенничеств (кроме предусмотренного ст. 159.2 УК РФ) согласно примечанию к ст. 159.1 УК РФ

применительно к данной статье, а также к ст. 159.3, 159.5, 159.6 означает стоимость имущества, превышающую один миллион пятьсот тысяч рублей, а особо крупный - шесть миллионов рублей.

Согласно п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. N 51 корыстную цель в составе мошенничества следует понимать как стремление обогатить третьих лиц за счет чужого имущества, не ограничивая круг лиц только соучастниками, близкими. Виновный, обладая уже чужим имуществом, сам решает его дальнейшую судьбу. Если он передает такое имущество по собственной воле незнакомым лицам, это означает, что извлечение выгоды для него в такой ситуации произошло в пользу третьего лица. Для квалификации мошенничества корысть есть, когда виновный отдает чужое имущество не только близким, но и другим лицам, к судьбе которых у него есть какой-то интерес: симпатии, сострадание, бравирование и др.

Смежными составами преступлений следует считать такие, в которых несколько признаков совпадают, но при этом один состав имеет признак, отсутствующий в другом, но второй состав содержит признак, отсутствующий в первом.

Конкурирующие нормы отличаются от смежных норм тем, что конкурирующая норма о преступлении (специальная или целое) всегда имеет все признаки, содержащиеся во второй норме (общей или части), и дополнительно признак, отсутствующий во второй. А смежные нормы большинство признаков, как отмечено выше, имеют совпадающие, но одним или несколькими признаками отличаются. Отличающийся признак должен быть разного значения, обязательно:

- несовпадающим

- и не находиться в соотношении части и целого либо общей и специальной норм с отличающимся признаком другой нормы. В противном случае это будут конкурирующие нормы, а не смежные.

Мошенничество, предусмотренное ст. 159.1 УК РФ, нужно рассматривать с учетом положений гражданского законодательства (поскольку в самой статье ничего не оговорено). Совершить это мошенничество может лицо, представляющее интересы организации, осуществляющей законную экономическую деятельность. По этому признаку рассматриваемое мошенничество близко преступлению, предусмотренному ст. 176 УК РФ «Незаконное получение кредита». Общими для преступлений являются обманный способ получения кредита, причинение ущерба. Смежными же признаками будут: при мошенничестве - корыстная цель, при незаконном получении кредита - намерение погасить кредит и проценты по нему. Имеются отличия в умысле¹⁷.

Обманным способом получить «кредит» может и фиктивная организация, а также организация, специально созданная для незаконного его получения и совершения иных преступлений. Как квалифицировать такое мошенничество? Данное мошенничество от вышерассмотренных преступлений отличает отсутствие законной экономической деятельности. Если первые действительно являются субъектами экономической деятельности, хозяйствующими субъектами, то фиктивная организация создается только для преступного получения кредита.

Разное содержание деятельности организаций отражается и на квалификации преступления при обманном получении кредита. Реально осуществляющие экономическую деятельность лица совершают или незаконное получение кредита (ст. 176 УК РФ), или мошенничество в сфере кредитования (ст. 159.1 УК РФ). Отграничение данных преступлений, предусмотренных смежными уголовно-правовыми нормами, было дано выше.

¹⁷Надзорное определение Верховного Суда РФ от 9 октября 2013 г. N 41-Д13-35. Приговор по ч. 1 ст. 176 УК РФ за незаконное получение кредита, по ч. 1, 2 ст. 174.1 УК РФ за легализацию (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления.

Получение «кредита» фиктивной организацией квалифицируется по общей норме о мошенничестве (ст. 159 УК РФ). В основе разграничения квалификации мошенничества при получении кредита лежит гражданско-правовой признак: осуществляется ли экономическая деятельность организацией или нет.

Продолжаемое преступление при несовпадении его юридического и фактического окончаний предлагается квалифицировать по закону, действовавшему в момент его юридического окончания.

Например, сотрудник решил совершить мошенничество в крупном размере путем систематического обмана своей организации о наличии у него льгот на получение социальной выплаты. В марте 2011 года во время действия нормы о хищении в редакции Федерального закона от 7 марта 2011 г. N 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации»¹⁸ мошенничество было уже совершено в крупном размере. Фактически на этот момент лицо реализовало умысел на совершение преступления в крупном размере. Следовательно, юридически продолжаемое преступление было уже окончено. Фактическое же прекращение преступления наступило в феврале 2014 года при действии специальной ст. 159.2 УК РФ «Мошенничество при получении выплат». К тому же к этому времени в санкцию общей нормы о мошенничестве (ч. 3 ст. 159 УК РФ) были внесены изменения:

- добавлено наказание в виде принудительных работ на срок до пяти лет с ограничением свободы на срок до двух лет или без такового¹⁹,

- дополнительное наказание к лишению свободы на срок до шести лет и с ограничением свободы на срок до полутора лет либо без такового в виде штрафа заменено (усилено): вместо штрафа в размере до десяти тысяч

¹⁸ Федеральный закон от 7 марта 2011 г. N 26-ФЗ "О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации" // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)

¹⁹ Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. N 420-ФЗ "О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации" // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)

рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного месяца либо без такового ввели штраф в размере до восьмидесяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до шести месяцев либо без такового²⁰.

Итак, юридическое окончание преступления наступило во время действия одной нормы о мошенничестве, санкция которой предусматривала наказания: штраф в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы, или иного дохода осужденного за период от одного года до трех лет либо лишение свободы на срок до шести лет со штрафом в размере до десяти тысяч рублей или в размере заработной платы, или иного дохода осужденного за период до одного месяца либо без такового и с ограничением свободы на срок до полутора лет либо без такового (в ред. Федерального закона от 7 марта 2011 г. N 26-ФЗ)²¹.

Фактическое окончание мошенничества в крупном размере произошло в период действия двух норм, общей и специальной. Считаю, что применять следует общую норму о мошенничестве, действующую в период юридического окончания хищения, а не фактического. Это исходное правило.

Вместе с тем для всестороннего обоснованного решения рассматриваемого вопроса необходимо исследовать конкуренцию уголовно-правовых норм: 1) в связи с обратной силой закона; 2) с коллизией общей и специальной норм.

Конкуренция общих норм о мошенничестве с юридическим и фактическим его окончанием решается в пользу нормы с юридическим окончанием и на основании применения правила об обратной силе закона. Юридически окончено преступление было во время действия нормы в

²⁰Федеральный закон от 29 ноября 2012 г. N 207-ФЗ "О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации" // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)

²¹Федеральный закон от 7 марта 2011 г. N 26-ФЗ "О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации" // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)

редакции Федерального закона от 7 марта 2011 г. N 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации».

Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. N 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» санкция нормы о мошенничестве дополнена основным наказанием в виде принудительных работ на срок до пяти лет с ограничением свободы на срок до двух лет или без такового. Данный Закон смягчил санкцию нормы о мошенничестве, так как расширил перечень альтернативных лишению свободы наказаний.

Следующим Федеральным законом от 29 ноября 2012 г. N 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» дополнительное наказание к лишению свободы в виде штрафа было усилено: от штрафа в размере до десяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного месяца либо без такового до штрафа в размере до восьмидесяти тысяч рублей или в размере заработной платы, или иного дохода осужденного за период до шести месяцев либо без такового. Таким образом, этот Федеральный закон является более строгим и не имеет обратной силы.

Проанализировав вопрос об обратной силе закона по применению общей нормы о мошенничестве, приходим к выводу, что применять следует эту норму в редакции Федерального закона от 7 декабря 2011 г. N 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» как самый мягкий промежуточный закон.

Однако не изменится ли сделанный вывод в связи с исследованием коллизии (конкуренции) общей и специальной норм о мошенничестве?

Специальная норма, предусмотренная ст. 159.2 УК РФ «Мошенничество при получении выплат», введена Федеральным законом от

29 ноября 2012 г. N 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации». На это время юридически мошенничество было окончено. Согласно коллизионному правилу о приоритете специальной нормы квалифицировать в рассматриваемом примере мошенничество следует по ч. 3 ст. 159.2 УК РФ. Санкция за специальное мошенничество мягче в сравнении с наказанием за общий вид мошенничества. По ч. 3 ст. 159.2 УК РФ лишение свободы предусмотрено на срок до пяти лет, а по ч. 3 ст. 159 УК РФ - до шести лет.

Предложенная квалификация останется неизменной, даже если бы санкция за специальное мошенничество была бы жестче. Коллизионное правило о приоритете специальной нормы над общей является аксиомой.

Иначе вопрос о конкуренции общей и специальной норм решается при обратной силе закона. Специальная норма с более строгим наказанием, принятая позже, не может быть использована, так как не имеет обратной силы. Квалифицировать деяние и привлекать виновного к уголовной ответственности необходимо по общей норме как более мягкой, во время действия которой и было совершено преступление.

Правило при конкуренции (коллизии) правил о конкуренции общей и специальной норм и темпоральной (временной) конкуренции норм при обратной силе закона: преимущественной является временная конкуренция.

Цель в уголовном праве представляет собой признак субъективной стороны преступления. Поэтому следует обратиться к пониманию цели в психологии, изучающей психику человека, являющегося носителем «злого умысла». Несмотря на различия в определениях, смысл их сводится к тому, что цель - это осознанное представление лицом конечного результата определенной деятельности. Формула уголовной ответственности за хищения достижение конечной цели связывает с изъятием и (или) обращением имущества в «пользу виновного или других лиц...». Закон не

говорит о степени родства этих лиц, психологической близости, обязательствах друг перед другом, симпатиях и иных обстоятельствах, характеризующих связи виновного и их психическое наполнение, лежащих за пределами юридической формулы. Сознанием виновного лица должно охватываться лишь то, что чужое имущество, которое становится предметом преступления, перейдет в «обладание» виновного и оно получит возможность им распорядиться по своему усмотрению.

Иные названные и не названные нами обстоятельства могут влиять лишь на меру наказания за совершенное преступление.

Однако ст. 159.1 УК РФ говорит, что мошенничество в сфере кредитования - это «хищение денежных средств заемщиком...».

Грамматическое толкование не позволяет считать возможным субъектом преступления юридическое лицо, а следовательно, распространить действие ст. 159.1 УК РФ на случаи завладения денежными средствами лицами, представляющими интересы юридического лица. Считаю, что и при установлении ответственности за преступление предполагалось субъектом преступления считать частное лицо, т.е. общего субъекта преступления, в крайнем случае индивидуального предпринимателя.

Такая квалификация вполне согласуется с требованием доктрины при конкуренции общей и специальной нормы, если специальной считать ст. 159.1 УК РФ.

Субъектом преступления по ст. 159.1 УК РФ мы предлагаем считать лишь физическое лицо, не являющееся специальным субъектом, т.е. не осуществляющее предпринимательской деятельности, либо индивидуальным предпринимателем, зарегистрированным в этом качестве. Если физическим лицом, являющимся заемщиком, представлены банку или иному кредитору заведомо ложные и (или) недостоверные сведения, это косвенно свидетельствует об отсутствии намерения выполнять договорные обязательства по возврату денежных средств. Такие действия в случае, если

субъектом преступления является индивидуальный предприниматель, также следует квалифицировать по ст. 159.1 УК РФ.

Полагаем, что ответ на вопрос зависит от наличия либо отсутствия у лица единого умысла.

В среде оперативных работников, раскрывающих кражи и угоны автотранспортных средств, сложилось следующее мнение. Если виновный завладел имуществом, принадлежащим страховщику, его действия следует квалифицировать по ст. 159.5 УК РФ. Если такого завладения не произошло, а автотранспортное средство было найдено и установлена причастность виновного к мнимому «угону» или «краже», то следует возбуждать уголовное дело по ст. 306 УК РФ. Указанный подход имеет сугубо практическое значение, заставляя «работать» по одной статье. На наш взгляд, квалификация содеянного по ст. 306 УК РФ не должна зависеть от того, удалось ли виновному завладеть чужим имуществом, принадлежащим страховщику.

Решая вопрос о соотношении ст. 159.6 и 272 УК, следует: 1) сравнить названные в ст. 159.6 УК способы совершения преступления с аналогичными понятиями, которые в ст. 272 УК рассматриваются как общественно опасные последствия неправомерного доступа; 2) сравнить санкции.

Статья 159.6: мошенничество в сфере компьютерной информации, т.е. хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем ввода, удаления, блокирования, модификации компьютерной информации либо иного вмешательства в функционирование средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации или информационно-телекоммуникационных сетей.

Оговорка «скорее всего» предполагает сравнительный анализ санкций данных статей.

При этом ч. 1 ст. 272 УК РФ - она поэтому зачеркнута - нам не интересна, так как основное преступление (мошенничество) указывает на наличие корыстной заинтересованности.

Для ответа на поставленный вопрос требуется глубокое понимание вопросов области информации и коммуникации. Представления юристов в этой области крайне скудны и часто непрофессиональны. Возможно, поэтому диспозиция ст. 159.6 УК РФ попала под «огонь» не только юристов, но и специалистов в области технологий современных информационно-телекоммуникационных сетей.

Информационно-телекоммуникационная сеть в соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (ред. 21 июля 2014 г.) является технологической системой, предназначенной для передачи по линиям связи информации, доступ к которой осуществляется с использованием средств вычислительной техники. В рамках ст. 159.6 УК РФ речь идет о компьютерных сетях, т.е. используемых для передачи данных. «Сбербанк Онлайн» - это автоматизированная система обслуживания клиентов Сбербанка России через Интернет. Для мошеннического использования программы необходим доступ к идентификаторам пользователя и паролям. Получение злоумышленником указанных сведений позволяет перечислить с электронного счета владельца банковской карты денежные средства на свой счет и в последующем распорядиться ими как собственными. Если перевод денежных средств осуществляется в информационно-телекоммуникационной системе с использованием средств ЭВМ, то можно говорить о совершении преступления, предусмотренного ст. 159.6 УК РФ.

В судебной практике уже имеются случаи осуждения лиц, незаконным путем завладевших сведениями о кодах и паролях потерпевших и в последующем использовавших указанные сведения для перевода

денежных средств с их счетов на собственные счета или счета иных лиц²². При вынесении решений суды зачастую не акцентируют внимание на способе совершения мошенничества. В указанном случае, по-видимому, следует говорить о вводе компьютерной информации как составляющей технического процесса, позволяющего осуществлять сбор, обработку, накопление, хранение, поиск и распространение информации в интересах пользователя.

Вопросов в процессе применения ст. 159.6 УК РФ возникает немало. Не будучи специалистом в сфере компьютерной информации, все-таки полагаю, что сотовая связь является видом информационно-телекоммуникационной связи, в которой используются электронно-вычислительные устройства.

²² Апелляционное постановление Верховного суда Республики Алтай от 21 августа 2014 г. по делу N 22-457; Апелляционное определение Московского городского суда от 6 мая 2013 г. N 10-2076. // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)

Глава 3. Проблемы применения норм УК РФ о мошенничестве и способы их разрешения

Официальная статистика подтверждает, что мошенничество остается одним из наиболее распространенных преступлений в сфере экономики в целом и преступлений против собственности в частности²³. Наряду с этим судебная практика подтверждает наличие в ней серьезных проблем, связанных с квалификацией данного преступления. Представляется, что необходима новая редакция Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. N 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», где нашли бы свое отражение как сами проблемы квалификации и наказания за рассматриваемые преступления, так и пути их разрешения.

По данным Верховного Суда РФ, ежегодно за совершение мошенничества в целом по Российской Федерации осуждается более 25 тыс. лиц²⁴.

В настоящей работе мы бы хотели обратить внимание на ряд актуальных проблем, требующих своего решения главным образом на правоприменительном уровне.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. N 51 (п. 4) мошенничество «признается оконченным с момента, когда указанное имущество поступило в незаконное владение виновного или других лиц и они получили реальную возможность (в зависимости от потребительских свойств этого имущества) пользоваться или распорядиться им по своему усмотрению».

Полагаю, что пользование или распоряжение чужим имуществом «по

²³ Яни П.С. Специальные виды мошенничества // Законность. 2015. N 7.

²⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 N 51 "О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате" // Российская газета. 2008. 12 янв. // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)

своему усмотрению» не всегда свидетельствует о стремлении виновного получить материальную выгоду (наживу), обогатиться, т.е. о наличии такого конструктивного признака хищения, как «корыстная цель» (ведь распорядиться чужим имуществом «по своему усмотрению» можно и путем, например, его уничтожения). Кстати, определение и самой корыстной цели в указанном Постановлении (п. 28) как «стремления изъять и (или) обратить чужое имущество в свою пользу либо распорядиться указанным имуществом как своим собственным, в том числе путем передачи его в обладание других лиц» тоже нельзя считать удачным. Во-первых, оно противоречит легальному определению хищения, в котором говорится о передаче чужого имущества «в пользу виновного или других лиц» и не говорится ничего о распоряжении этим имуществом «как своим собственным». Во-вторых, передача данного имущества «в обладание других лиц» не равнозначна его передаче «в пользу других лиц».

Кстати, само легальное определение хищения, следует отметить, не может быть признано универсальным, по сути, оно обязательно только для норм главы «Преступления против собственности»²⁵.

Суды и другие правоприменительные органы продолжают испытывать сложности с определением момента окончания хищения (в том числе мошенничества), особенно в случаях, когда предметом хищения выступает недвижимое имущество. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. N 51 (п. 4) по этому вопросу гласит следующее: «Если мошенничество совершено в форме приобретения права на чужое имущество, преступление считается оконченным с момента возникновения у виновного юридически закрепленной возможности вступить во владение или распорядиться чужим имуществом как своим собственным (в частности, с момента регистрации права собственности на недвижимость или иных прав на имущество, подлежащих такой регистрации

²⁵Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. М., 2000. С. 102 - 111.

в соответствии с законом; со времени заключения договора; с момента совершения передаточной надписи (индоссамент) на векселе; со дня вступления в силу судебного решения, которым за лицом признается право на имущество, или со дня принятия иного правоустанавливающего решения уполномоченными органами власти или лицом, введенными в заблуждение относительно наличия у виновного или иных лиц законных оснований для владения, пользования или распоряжения имуществом)».

Один из районных судов Москвы абсолютно, как нам представляется, правильно не согласился с доводами обвинения, состоящими в том, что, раз у виновных «отсутствовала возможность распоряжаться квартирой потерпевшего, поскольку последний не был выселен и снят с регистрационного учета», указанные действия нельзя квалифицировать как оконченное хищение²⁶. Вместе с тем связывать момент окончания хищения с моментом получения свидетельства о государственной регистрации права собственности на чужую квартиру (как это произошло в вышеназванном деле) тоже неверно, поскольку момент получения свидетельства и момент регистрации права могут и не совпадать.

Кстати, этот же суд, но уже по другому делу, уголовное дело в отношении В., обвиняемого в совершении ряда преступлений, в том числе предусмотренного ч. 4 ст. 159 УК РФ, возвратил прокурору на основании п. 1 ч. 1 ст. 237 УПК РФ «для устранения препятствий его рассмотрения судом»²⁷. Спор вновь возник по поводу момента окончания хищения. Мосгорсуд поддержал районный суд и не согласился «с доводами надзорного представления о том, что мошенничество, в совершении которого обвиняется В., окончено в момент регистрации перехода права собственности на квартиру Х. на иное лицо». По мнению суда, «в данном случае преступление

²⁶Постановление Московского городского суда от 2 ноября 2011 г. N 4у/2-8772 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)

²⁷Постановление Московского городского суда от 2 ноября 2011 г. N 4у/2-8772 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)

следует считать оконченным с того момента, когда преступники обманным путем завладели правоустанавливающими документами на квартиру Х., оформленными на имя последнего, так как именно с этого времени у них появилась реальная возможность распорядиться квартирой потерпевшего, что и было ими сделано».

Как мы видим, и в данном деле момент регистрации свидетельства права собственности подменен другим моментом - завладением правоустанавливающими документами на квартиру. Полагаем, что разъяснение Пленума Верховного Суда в этом вопросе является правильным. Именно с момента регистрации права собственности на квартиру потерпевший лишается своей собственности. Именно с этого момента собственнику имущества причиняется ущерб. Поэтому дальнейшие действия виновного лежат за рамками состава хищения.

Еще одна проблема возникает при квалификации хищения, объективная сторона которого складывается из нескольких эпизодов.

Органами предварительного следствия Ч. обвинялся в совершении покушения на мошенничество в особо крупном размере. В августе 2013 года он завладел денежными средствами в размере 290 000 руб., в сентябре - дважды денежными средствами, соответственно, в сумме 1 089 000 и 1 465 000 руб. Потерпевшим во всех случаях выступало ООО «Наш дворик». Способ преступления заключался в обмане (обещании оказать содействие в решении вопросов экономического характера).

Поскольку последний, третий эпизод завладения деньгами (их передача потерпевшим виновному) происходил под контролем сотрудников полиции при проведении оперативно-розыскного мероприятия («оперативный эксперимент»), виновный «не смог довести преступление до конца и завладеть указанными денежными средствами по не зависящим от него обстоятельствам». По мнению органов обвинения, действия Ч. являются продолжаемым преступлением, совершены «относительно в одно и то же

время, в отношении одного и того же потерпевшего, с единой целью завладения его денежными средствами, передача денежных средств состоялась при проведении оперативно-розыскного мероприятия», в связи с чем не доведены до конца.

Однако с данной квалификацией не согласился суд, который, возвращая дело прокурору, «указал на то, что фактические обстоятельства, изложенные в обвинительном заключении, а также установленные судом в ходе судебного разбирательства, свидетельствуют о наличии оснований для квалификации действий подсудимого Ч. по совокупности преступлений»²⁸. Апелляционная инстанция поддержала нижестоящий суд и, думаю, она права.

Обычно, когда говорят об обстоятельствах, свидетельствующих о наличии единого умысла на хищение (а значит, о совершении единого, продолжаемого хищения), называют, в частности, единство способа, примененного для его совершения. Действительно, в приведенном примере был применен обман, но обман в отношении разных обстоятельств (т.е. несколько обманов). Соответственно, такой обман свидетельствует о том, что умысел на завладение чужими деньгами у виновного лица возникал каждый раз самостоятельно. Значит, хищение было повторным, а не единым.

Представляется, что завладение чужим имуществом (деньгами), складывающееся из нескольких эпизодов, при отсутствии данных на завладение виновным определенной (конкретной) суммой денег, пускай даже у одного и того же лица, нельзя квалифицировать как единое хищение²⁹.

Кстати, в некоторых случаях среди обстоятельств, свидетельствующих о едином хищении, суды учитывают «небольшой промежуток времени между эпизодами хищения». Однако понимают такой промежуток по-разному. Например, в приговоре по делу Р.

²⁸ Апелляционное постановление Московского областного суда от 7 августа 2014 г. по делу N 22-4524/2014// [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)

²⁹ Гретьяк М.И. Проблемы квалификации новых способов мошенничества // Уголовное право. 2015. N 2.

«непродолжительным промежутком времени», в течение которого виновный присваивал чужие денежные средства, один из судов Кировской области признал период с марта 2010 года по декабрь 2013 года, тогда как по делу Л. период с 25 марта по 16 мая 2005 г., в течение которого совершалось хищение, был признан «длительным»³⁰. Поэтому данное обстоятельство также не может быть бесспорным критерием разграничения продолжаемого и повторного хищения.

Серьезные сложности вызывает установление умысла на хищение до его совершения. В соответствии с п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. N 51 «содеянное следует квалифицировать как мошенничество в случае, если умысел, направленный на хищение имущества или приобретение права на имущество, возник у лица до получения чужого имущества».

Откровенно говоря, не совсем понятно, почему для квалификации содеянного виновным как мошенничества необходимо установление заранее обдуманного умысла на такое преступление. Полагаем, что надо избавлять правоприменителя от обязанности такого установления. Какая разница, например, для квалификации кражи или присвоения, когда у виновного возник умысел на хищение? Почему же это должно иметь значение для квалификации мошенничества? Квалификация мошенничества, повлекшего лишение права гражданина на жилое помещение (ч. 4 ст. 159 УК РФ), также имеет свои особенности.

Прежде всего, ст. 159 УК РФ говорит о жилом помещении, что, согласно примечанию к ст. 139 УК РФ, является более узким понятием, чем жилище, которое включает не только жилое помещение, но и, например, «индивидуальный жилой дом». Однако согласно ст. 16 Жилищного кодекса РФ жилищное помещение, наоборот, является более широким понятием и

³⁰Постановление президиума Нижегородского областного суда от 23 марта 2011 г. по делу N 44-у-38/2011// [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)

включает «жилой дом». Таким образом, лишение права гражданина, в частности, на индивидуальный жилой дом, по УК РФ, следует квалифицировать как мошенничество, совершенное, например, в особо крупном размере. Между тем если исходить из норм ЖК, то такое деяние должно быть квалифицировано как мошенничество, повлекшее лишение права гражданина на жилое помещение. Представляется, что данное противоречие между нормами УК РФ и ЖК должно быть устранено, а предметом мошенничества признано любое жилое помещение (в смысле ст. 16 ЖК).

Анализ названия ст. 159.4 УК РФ и ее содержания свидетельствует, по моему мнению, о том, что понятия «мошенничество в сфере предпринимательской деятельности» и «мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности» - разные вещи. Первое шире второго. Полагаю, что Пленум Верховного Суда должен разрешить это противоречие, ориентируя нижестоящие суды не на резиновое положение, следующее из названия данной статьи, а на конкретные условия, содержащиеся в диспозиции ее нормы.

Как показывает опубликованная практика, она придерживается в целом позиции, согласно которой деяние не может быть квалифицировано по ст. 159.4 УК РФ, если предпринимательская деятельность по формальным признакам имеется, однако фактически не осуществляется или является фиктивной. Так, Б., являясь директором ООО, используя свое служебное положение, совершил путем обмана хищение денежных средств, принадлежащих гражданам, полученных Б. под предлогом строительства туристического кемпинга, чем причинил материальный ущерб гражданам на общую сумму 2 560 000 руб. По мнению суда, доводы жалобы адвоката о том, что преступления, за которые осужден Б., относятся к сфере предпринимательской деятельности, несостоятельны. Судом установлено,

«что ООО <...> фактически не осуществляло хозяйственно-финансовую деятельность, направленную на систематическое получение прибыли и не имело для этого возможностей. В <...> организация прибыль не получала, доходы от предпринимательской деятельности отсутствовали, что подтверждается бухгалтерскими документами, предоставленными в налоговую инспекцию, заключением специалиста (т. N). А обстоятельства, на которые ссылается защитник в жалобе, в обоснование того, что деятельность Б. как директора ООО <...> направлена на осуществление обществом предпринимательской деятельности, свидетельствуют о том, что создавалась лишь видимость ведения такой деятельности, о чем мотивированно изложено в приговоре. Таким образом, действия Б. не отвечают критериям предпринимательской деятельности, установленным п. 1 ст. 2 ГК РФ, в связи с чем обоснованно квалифицированы по ст. 159 УК РФ»³¹.

Подобным образом были квалифицированы также действия Г., который осужден по ч. 4 ст. 159 УК РФ к 4 годам лишения свободы. В апелляционной жалобе адвокат осужденного назвал вывод суда о том, что «потребительский кооператив граждан создается исключительно для удовлетворения потребностей в финансовой взаимопомощи, а финансовая взаимопомощь - это не предпринимательская деятельность», несостоятельным. Проверив материалы дела, обсудив доводы жалоб, апелляционная инстанция не нашла оснований для их удовлетворения. Как следует из приговора, Г. с целью хищения денежных средств граждан участвовал в деятельности финансовой пирамиды под видом кредитного потребительского кооператива граждан. По смыслу ст. 159 УК РФ, - заключил суд, - преступная деятельность по хищению денежных средств граждан путем обмана и злоупотребления доверием, осуществляемая под видом предпринимательской либо иной легальной деятельности, поэтому она

³¹Подборка судебных решений за 2014 г.: статья 159.4 "Мошенничество в сфере предпринимательской деятельности" УК РФ (В.Н. Трофимов) // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 25.03.2017)

не может быть квалифицирована как совершенная в сфере предпринимательской деятельности³².

Представляется, что такая практика является правильной, поскольку следует из законодательного определения понятия «предпринимательская деятельность».

Еще один круг вопросов - это квалификация мошенничества по совокупности с другими преступлениями.

В практике имеют место случаи квалификации действий, содержащих признаки мошенничества, по ст. 201 или 202 УК РФ. Так, нотариус Е., «используя свои служебные полномочия вопреки задачам своей деятельности, в целях извлечения выгод и преимуществ для себя и других лиц изготовила завещание... с причинением существенного вреда охраняемым законом интересам государства в лице Департамента жилищной политики и жилищного фонда г. Москвы на сумму 5 287 000 рублей». Первоначально она была осуждена по ч. 5 ст. 33, ч. 4 ст. 159 и ч. 1 ст. 202 УК РФ. Однако кассационная инстанция посчитала, что «поскольку совершенные Е. действия, за которые она признана виновной, полностью охватываются ч. 1 ст. 202 УК РФ, то дополнительной квалификации по ч. 5 ст. 33, ч. 4 ст. 159 УК РФ не требуется»³³.

Представляется, что такое решение из закона не следует. Нормы, предусматривающие ответственность за мошенничество и злоупотребление полномочиями (в том числе частными нотариусами и аудиторами), не могут конкурировать между собой. Способы совершения этих преступлений тоже разные. Полагаю, что они должны быть квалифицированы по совокупности.

В другом деле апелляционная инстанция указала, что «похищение денежных средств... со счета банковской карты Г. является продолжением

³²Подборка судебных решений за 2014 г.: статья 159.4 "Мошенничество в сфере предпринимательской деятельности" УК РФ (В.Н. Трофимов) // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 25.03.2017)

³³Кассационное определение Московского городского суда от 21 декабря 2011 г. по делу N 22-15593/2011 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 25.03.2017)

преступных действий С.С. и его соучастника, направленных на завладение всех денежных средств Г. путем обмана, а потому не требует отдельной квалификации по ст. 159.3 УК РФ»³⁴. По моему же мнению, совершение ряда хищений, подпадающих под признаки разных статей УК РФ, требует квалификации по совокупности.

Более того, даже в рамках одной статьи УК РФ эти действия могут быть квалифицированы по правилам о совокупности преступлений. В этом отношении сложно согласиться со следующей рекомендацией Пленума Верховного Суда РФ: «В том случае, когда лицо совершает с единым умыслом хищение вверенного ему имущества, одна часть которого им присваивается, а другая часть этого имущества растрачивается, содеянное не образует совокупности преступлений» (п. 19 Постановления от 27 декабря 2007 г. N 51). Представляется, что никакого «единого умысла» у виновного не может быть, если преступление совершено разными действиями и способами.

³⁴ Апелляционное определение Московского городского суда от 28 января 2015 г. по делу N 10-482/15// [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 25.03.2017)

Заключение

Официальная статистика подтверждает, что мошенничество остается одним из наиболее распространенных преступлений в сфере экономики в целом и преступлений против собственности в частности. Немало вопросов вызывают проблемы конкуренции общей и специальных норм, предусматривающих ответственность за мошенничество, разграничения этих составов между собой и с существующим «классическим» мошенничеством (ст. 159 УК РФ), понятие которого теперь сужено в связи с появлением новых норм.

Во-первых, по нашему мнению, законодательство РФ о мошенничестве следует доработать, чтобы не было ошибок в практике правоохранительных органов, ведь нередко происходит неверная квалификация деяния, т.к. очень похожи объективные и субъективные признаки преступления.

Во-вторых, следует на законодательном уровне более подробно и широко разъяснять само понятие мошенничества, его специальные виды.

В-третьих, на наш взгляд, необходимо более подробно и детально рассматривать каждый квалифицирующий состав мошенничества, чтобы о правонарушителей не оставалось «лазеек» для обхода закона.

В-четвертых, на наш взгляд, возросло число обманов в сфере недвижимости, и, в связи с этим, необходимо усовершенствовать законодательство о недвижимости в целом, а не только на уровне Уголовного Кодекса РФ.

Мнение по вопросу совершенствования уголовного законодательства об ответственности за мошенничество разделяется, т.е. одна позиция заключается в том, что конкретизация в Уголовном кодексе РФ составов мошенничества в зависимости от сферы правоотношений, в которой они совершаются, снизит число ошибок и злоупотреблений во время возбуждения уголовных дел о мошенничестве, будет способствовать повышению качества работы по выявлению и расследованию таких

преступлений, правильной квалификации содеянного органами предварительного расследования и судом, более четкому отграничению уголовно наказуемых деяний от гражданско-правовых отношений. Но в то же время отмечается, что закон об установлении ответственности за специальные виды мошенничества не оправдал ожидаемого, т.е. новые нормы являются избыточными, казуистичными, пределы санкций за специальные виды мошенничества определены в нем без учета характера и степени общественной опасности, а также не ясно, какую из конкурирующих норм о мошенничестве следует признавать приоритетной при квалификации преступления.

В связи с этим возникает вопрос: являются ли нововведения законодателя относительно совершенствования уголовного закона об ответственности за мошенничество позитивным фактором в целях усиления борьбы с такими преступлениями против собственности либо дополнение Уголовного кодекса РФ будет только затруднять его правоприменение? Однозначного ответа на данный вопрос пока не существует, поскольку с момента принятия вышеназванного Закона прошло не так много времени и обобщить судебную практику по уголовным делам такой категории не представляется возможным.

Деяние, которое можно характеризовать как мошенничество, должно содержать все признаки мошенничества. С целью исключения квалификации законных сделок как мошенничества специалистам необходимо пользоваться имеющейся судебной практикой, в том числе Постановлением от 27.12.2007 N 51 Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении, растрате».

Указанным Постановлением судам, рассматривающим уголовные дела по мошенничеству, даны четкие разъяснения, в каких случаях и при каких обстоятельствах деяния можно квалифицировать как мошенничество.

Можно не сомневаться в том, что и органы полиции при рассмотрении

заявлений о преступлениях используют положения приведенного постановления при решении вопроса о возбуждении уголовного дела или об отказе в возбуждении уголовного дела.

К сожалению, помимо проблемы с мошенниками, на первый план, как всегда, выходит правовая неграмотность большинства российских граждан, когда, не осознавая сути сделки, граждане подписывают документы, после чего вернуть свое иногда не представляется возможным.

Можно посоветовать таким гражданам пользоваться помощью квалифицированных юристов, но в состоянии ли они оплатить юридические расходы - это тоже вопрос, а бесплатно работать никто не хочет, да и не будет.

В таком случае можно рекомендовать соответствующим органам и организациям вести просветительскую работу среди граждан, повышая их правовую грамотность, в том числе путем рассмотрения схем мошенничества в печатных и электронных СМИ, на телевидении и т.д.

Список литературы

Нормативно-правовые акты

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ) // Российская газета от 25 декабря 1993 г. N 237 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.11.2015)
2. Уголовный кодекс РСФСР от 27 октября 1960 г. (Принят третьей сессией ВС РСФСР пятого созыва 27 октября 1960 г.) // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.11.2015)
3. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. От 28.11.2015) // Собрание законодательства Российской Федерации от 17 июня 1996 г. N 25 ст. 2954 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.11.2015)
4. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 13.07.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 15.09.2015) // Собрание законодательства Российской Федерации от 24 декабря 2001 г. N 52 (часть I) ст. 4921 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.11.2015)
5. Федеральный закон от 29 ноября 2012 г. N 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>.
6. Федеральный закон от 7 марта 2011 г. N 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)

7. Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. N 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»//[Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)
8. Федеральный закон от 29 ноября 2012 г. N 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)
9. Федеральный закон от 7 марта 2011 г. N 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)
10. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. Т. XXI. N 15147. б.

Специальная литература

11. Бакрадзе А.А. Продолжаемое мошенничество: теория и практика // Безопасность бизнеса. 2014. N 2. С. 23 - 29.
12. Безверхов А.Г. Некоторые вопросы квалификации мошенничества // Уголовное право. 2008. N 2.
13. Бойцов А.И. Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 294;
14. Борзенков Г. Разграничение обмана и злоупотребления доверием // Уголовное право. 2008. N 5. С. 7.
15. Босхолов С.С. Основы уголовной политики. М., 2004. С. 124.
16. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. 3-е изд., доп. Ростов-н/Д, 1995. С. 362.
17. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2013. С. 558 - 559.
18. Даль В.И. Толковый словарь русского языка. М., 2000. С. 393
19. Добровольский В.И. Мошенничество в сфере кредитования и смежные составы преступлений: вопросы применения и разграничения ст. ст. 159.1,

- 159.3 и иных составов преступлений. // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)
20. Дуюнов В.К. Стабильность и динамизм в уголовном законодательстве // Актуальные проблемы теории и практики применения уголовного закона: Матер. первой Всерос. науч.-практ. конф. (26 апреля 2013 г.). М., 2014. С. 129
21. Есаков Г. Мошенничество в сфере предпринимательской деятельности (ст. 159.4 УК РФ): проблемы применения нормы // Уголовное право. 2014. N 3. С. 40 - 44.
22. Жалинский А.Э. Учебно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. 2-е изд. М., 2006.
23. Кленова Т.В. Уголовно-правовая политика в условиях разделения властей // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Матер. XII Междунар. науч.-практ. конф. (29 - 30 января 2015 г.). М., 2015. С. 23 - 24.
24. Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. М., 2000. С. 102 - 111.
25. Кошаева Т.О. Судебная практика и вопросы квалификации по уголовным делам о мошенничестве // Комментарий судебной практики / Под ред. К.Б. Ярошенко. М.: Контакт; Инфра-М, 2013. Вып. 18.
26. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 2004. С. 224.
27. Кудрявцев В.Н. Указ. соч. С. 229.
28. Третьяк М.И. Проблемы квалификации новых способов мошенничества // Уголовное право. 2015. N 2.
29. Тюнин В. «Реконструкция» уголовного законодательства об ответственности за мошенничество // Уголовное право. 2013. N 2. С. 35.
30. Минязева Т.Ф. Уголовный закон как разум страны эпохи финансово-экономических перемен // Уголовное право в эпоху финансово-экономических перемен: Матер. IX Российского конгресса уголовного права. М., 2014. С. 79.

31. Мальцев В.В. Ответственность за преступления против собственности. Волгоград, 1999. С. 72.
32. Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 516.
33. Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 294.
34. Панченко П.Н. Россия на новой волне острейших перемен. Мрак теневых явлений в экономике, политике, праве, культуре. Пути выхода из криминального тупика. М., 2015. С. 561.
35. Преступление и наказание: комментарий к проекту УК России / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и А.В. Наумова. М., 1993. С. 145.
36. Рарог А.И. Современные тенденции развития российского уголовного закона // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Матер. XI Междунар. науч.-практ. конф. М., 2014. С. 6.
37. Розенталь Д.Э., Теленкова М.А. Словарь-справочник лингвистических терминов. Лексико-синтаксическая связь между словами, осуществляемая при помощи предлогов М., 1976. С. 314
38. Сизиков М.И. История государства и права России с XVII до начала XIX века. М., 1998. С. 102.
39. Словарь синонимов / Под ред. А.П. Евгеньевой. М., 1976. С. 238
40. Фойницкий И.Я. Курс уголовного права: (Часть Особенная): Посягательства личные и имущественные. СПб., 1907. С. 246.

Судебная практика

41. Постановление Московского городского суда от 2 ноября 2011 г. N 4у/2-8772 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)
42. Апелляционное постановление Московского областного суда от 7 августа 2014 г. по делу N 22-4524/2014// [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)

43. Постановление президиума Нижегородского областного суда от 23 марта 2011 г. по делу N 44-у-38/2011 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)
44. Кассационное определение Московского городского суда от 3 ноября 2010 г. N 22-14044// [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)
45. Кассационное определение Московского городского суда от 21 декабря 2011 г. по делу N 22-15593/2011 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 25.03.2017)
46. Апелляционное определение Московского городского суда от 28 января 2015 г. по делу N 10-482/15 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 25.03.2017)
47. Надзорное определение Верховного Суда РФ от 9 октября 2013 г. N 41-Д13-35. Приговор по ч. 1 ст. 176 УК РФ за незаконное получение кредита, по ч. 1, 2 ст. 174.1 УК РФ за легализацию (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления.
48. Обзор судебной практики по уголовным делам Кировского областного суда за 2005 г.
49. Обзор судебной практики Верховного Суда РФ по рассмотрению уголовных дел в порядке надзора от 20 октября 1997 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. N 11. С. 17.
50. Апелляционное постановление Верховного суда Республики Алтай от 21 августа 2014 г. по делу N 22-457; Апелляционное определение Московского городского суда от 6 мая 2013 г. N 10-2076. // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)
51. Постановление Московского городского суда от 2 ноября 2011 г. N 4у/2-8772 // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 24.03.2017)

52. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 N 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»// Российская газета. 2008. 12 янв. // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.consultant.ru/> (дата вхождения 28.03.2017)
53. Приговор Ленинского районного суда г. Владикавказа от 22 октября 2013 г. по делу N 1-254/2013.

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
ТРЕТЬЯ СЕКЦИЯ
ДЕЛО «G.S.V. ПРОТИВ ШВЕЙЦАРИИ»
(Жалоба N 28601/11)
ПОСТАНОВЛЕНИЕ
(Страсбург, 22 декабря 2015 г.)

<1> Перевод с французского Е.Г. Кольцова.

<2> Настоящее Постановление вступило в силу 22 марта 2016 г. в соответствии с положениями пункта 2 статьи 44 Конвенции (примеч. редактора).

По делу «G.S.V. против Швейцарии» Европейский Суд по правам человека (Третья Секция), рассматривая дело Палатой в составе:

Луиса Лопеса Герры, Председателя Палаты,

Георга Николау,

Хелен Келлер,

Йоханнеса Сильвиса,

Дмитрия Дедова,

Бранко Лубарды,

Пере Пастора Вилановы, судей,

а также при участии Стивена Филлипса, Секретаря Секции Суда,

заседая за закрытыми дверями 1 декабря 2015 г.,

вынес в указанный день следующее Постановление:

ПРОЦЕДУРА

1. Дело было инициировано жалобой N 28601/11, поданной против Швейцарской Конфедерации в Европейский Суд по правам человека (далее - Европейский Суд) в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее - Конвенция) подданным Королевства

Саудовской Аравии и гражданином Соединенных Штатов Америки G.S.B. (далее - заявитель) 4 мая 2011 г. Председатель Палаты удовлетворил просьбу заявителя не раскрывать его имя (пункт 4 правила 47 Регламента Суда).

2. Интересы заявителя представляли И. Боннар (Y. Bonnard) и Г. Гризель (G. Grisel), адвокаты, практикующие в г. Лозанне. Власти Швейцарии были представлены своим представителем Швейцарии при Европейском Суде Франком Шюрманном (Frank Schurmann).

3. Заявитель жаловался, в частности, что обмен касавшимися его банковскими данными, осуществлявшийся в рамках взаимной административной помощи между Швейцарией и Соединенными Штатами Америки, привел к нарушению его прав, гарантированных статьями 8 и 14 Конвенции.

4. 18 декабря 2013 г. жалобы на нарушение статей 8 и 14 Конвенции были коммуницированы властям Швейцарии, а остальная часть жалобы была объявлена неприемлемой для рассмотрения по существу.

5. 9 июня 2015 г. Палата отклонила ходатайство заявителя о приостановлении разбирательства по настоящему делу.

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

A. События, лежащие в основе жалоб на действия банка UBS AG

6. Заявитель родился в 1960 году и проживает в г. Майами.

7. Обстоятельства дела, как они представлены сторонами, можно кратко изложить следующим образом.

8. В течение 2008 года Служба внутренних доходов США (Internal Revenue Service, г. Вашингтон) выяснила (в основном благодаря информации, раскрытой бывшим сотрудником банка UBS AG в г. Женеве, который работал управляющим имуществом частных клиентов из Северной Америки), что тысячи налогоплательщиков, являвшихся гражданами США, владели в банке UBS AG банковскими счетами, о которых не были

уведомлены государственные органы США, или же являлись бенефициарами этих счетов.

Учитывая роль, которую судя по всему сыграл банк в этой ситуации, ему грозило привлечение к уголовной ответственности.

9. 18 февраля 2009 г. между Министерством юстиции США и банком UBS AG было заключено «соглашение об отсрочке уголовного преследования» (deferred prosecution agreement). В соглашении банк признал, что он содействовал налогоплательщикам США в сокрытии своего имущества и доходов от налоговых органов США при помощи офшорных счетов, а также проводил встречи и давал консультации на территории США клиентам, которые не уведомили о своих счетах налоговые органы США. Условием отказа от преследования была уплата суммы, согласованной в соглашении (settlement amount), в размере 780 млн. долларов США.

10. 19 февраля 2009 г. Служба внутренних доходов США обратилась в суд в гражданско-правовом порядке (John Doe summons <1>), требуя обязать банк UBS AG предоставить информацию о личности 52 000 американских клиентов банка, а также некоторые данные о принадлежавших им счетах в UBS AG.

<1> John Doe summons (англ.) - требование о вызове в суд Джона Доу. Джон Доу - обозначение мужской стороны в судебном процессе в соответствии с англосаксонским правом, когда настоящий истец неизвестен или анонимен (примеч. переводчика).

11. Власти Швейцарии высказали опасения, что спор между государственными органами США и UBS AG приведет к конфликту между швейцарским законодательством и правом США, если Служба внутренних доходов США получит указанную в требовании информацию, после чего производство по гражданскому делу было приостановлено в целях внесудебного урегулирования разногласий.

12. Для установления личностей соответствующих налогоплательщиков Федеральный совет Швейцарии и власти США 19 августа 2009 г. заключили Соглашение между США и Швейцарией касательно запроса о предоставлении информации Службы внутренних доходов США относительно UBS AG (так называемое Соглашение 09, см. § 30 настоящего Постановления).

В соответствии со статьей 1 Соглашения 09 Швейцария обязалась исполнить запрос США о предоставлении информации о клиентах UBS AG из США в соответствии с критериями, указанными в приложении к Соглашению 09, и положениями Конвенции об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы, заключенной между США и Швейцарией 2 октября 1996 г. (CDI-US 96, см. § 29 настоящего Постановления).

Основываясь на вышеупомянутых критериях, Договаривающиеся Государства Соглашения 09 оценили, что «количество открытых или закрытых счетов, подпадающих под запрос по Соглашению 09, составит приблизительно 4 450».

Швейцария обязалась также создать «специальное оперативное подразделение», позволяющее Федеральной налоговой администрации Швейцарии (далее - ФНА) выносить свои окончательные решения в соответствии с запросом по Соглашению 09 в установленные сроки.

В свою очередь США и UBS AG согласно Соглашению 09 должны были подать в Федеральный окружной суд Южного округа Флориды совместное ходатайство об отзыве ходатайства о приведении в исполнение требования о вызове в суд Джона Доу (см. статью 3 Соглашения 09, § 30 настоящего Постановления).

13. 31 августа 2009 г. Служба внутренних доходов США направила в ФНА запрос о предоставлении информации в отношении налогоплательщиков из США, которые в период с 1 января 2001 г. по 31

декабря 2008 г. имели «право подписи или иное право, связанное с распоряжением» банковскими счетами, «в отношении которых надзор, управление или открытие осуществляли какое-либо подразделение UBS AG либо отделение или филиал UBS AG в Швейцарии.

14. 1 сентября 2009 г. ФНА приняла решение, обязывающее банк UBS AG предоставить информацию на основании Ордонанса от 15 июня 1998 г., относящегося к Конвенции об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы, заключенной между США и Швейцарией 2 октября 1996 г. (CDI-US 96, см. § 29 настоящего Постановления). ФНА запустила процедуру взаимной административной помощи и потребовала от UBS AG предоставить, среди прочего, полную информацию о клиентах банка, указанных в приложении к Соглашению 09.

15. 21 января 2010 г. Федеральный административный суд Швейцарии (далее также - ФАС) вынес постановление о принятии к рассмотрению жалобы на решение ФНА, касавшейся заявленного в рамках приложения к Соглашению 09 возражения, связанного с категорией, определенной в пункте 2/A/b. В мотивировочной части постановления ФАС отметил, что:

- Соглашение 09 содержало взаимные договоренности, которые должны оставаться в рамках, установленных Конвенцией, которой подчинялось Соглашение, а именно Конвенцией CDI-US 96;

- в соответствии с положениями Конвенции CDI-US 96 взаимная административная помощь по налоговым делам оказывается в случае мошенничества и не оказывается в случае уклонения от уплаты налогов (то есть в случае неисполнения обязанности по уведомлению налоговых органов об открытии банковского счета; по поводу данного различия в налоговом законодательстве Швейцарии см. §§ 36 и 37 настоящего Постановления);

- соответственно, Конвенция CDI-US 96 допускает обмен информацией лишь в случае «налогового мошенничества или аналогичных проступков» в значении, придаваемом этим терминам законодательством Швейцарии, то

есть в случае мошенничества при уплате налогов (использования преступных схем для оптимизации налогообложения) или подделки документов;

- принимая во внимание обязательства, возложенные на Швейцарию, Соглашение 09 должно было быть оформлено в виде международного договора, подлежащего ратификации Федеральным собранием Швейцарии, и вынесенного на «факультативный референдум»;

- соответственно, форма обыкновенного мирового соглашения, подписанного Федеральным советом, не может быть признана достаточной.

В результате ФАС признал решения ФНА не соответствующими законодательству на основании Соглашения 09.

16. После вступления в силу постановления Федерального административного суда от 21 января 2010 г. возникли сомнения относительно применимости Соглашения 09.

Действительно, из 4 450 индивидуальных случаев, являвшихся предметом данного Соглашения 09, приблизительно 4 200 случаев касалось длительного непредоставления налоговой декларации в больших масштабах. Следовательно, по мнению властей Швейцарии, невозможность оказания взаимной административной помощи по таким делам могла поставить Швейцарию в очень неприятное положение в рамках двусторонних отношений с США. Федеральный совет Швейцарии полагал, что власти США могли применить компенсационные меры и что следовало ожидать самое меньшее возобновления процедуры приведения в исполнение требования о вызове в суд, предъявленного к клиентам UBS AG, с использованием механизма взаимной административной помощи. Федеральный совет Швейцарии боялся, что американский суд мог обязать банк UBS AG предоставить Службе внутренних доходов США соответствующую информацию и принудить к исполнению судебного решения под страхом уплаты штрафа в крупном размере.

С целью избежать этого после очередного раунда переговоров 31 марта

2010 г. Федеральный совет Швейцарии и власти США подписали протокол, вносящий изменения в Соглашение 09 между США и Швейцарией в отношении запроса о предоставлении информации Службе внутренних доходов США относительно UBS AG, подписанный в г. Вашингтоне 19 августа 2009 г. (так называемый Протокол N 10).

Положения Протокола N 10 были инкорпорированы в Соглашение 09 и применялись на временной основе со дня подписания сторонами.

17. Федеральное собрание Швейцарии 17 июня 2010 г. приняло федеральный указ об утверждении соглашения между США и Швейцарией касательно запроса о предоставлении информации Службе внутренних доходов США относительно UBS AG, а также протокола, вносящего изменения в Соглашение, тем самым согласовав Соглашение 09 и Протокол N 10 и разрешив Федеральному совету Швейцарии ратифицировать эти документы.

Ратифицированную версию Соглашения 09 в редакции Протокола N 10 иногда называют «Конвенцией N 10» (см. § 30 настоящего Постановления, оригинал Конвенции N 10 был составлен на английском языке).

В вышеупомянутом указе Федеральное собрание Швейцарии уточнило, что в данном случае не подлежала применению процедура вынесения некоторых международно-правовых договоров на факультативный референдум в соответствии со статьей 141 Конституции Швейцарской Конфедерации (см. § 35 настоящего Постановления).

18. 15 июля 2010 г. Федеральный административный суд Швейцарии вынес пилотное постановление по делу N A-4013/2010, касавшемуся вопроса о действительности Конвенции N 10. В своем постановлении Федеральный административный суд сделал следующие выводы:

- Конвенция N 10 для ФАС имела обязательную силу по смыслу статьи 190 Конституции Швейцарской Конфедерации (см. § 34 настоящего Постановления);

- в международном праве отсутствует иерархия документов (за исключением преимущества *jus cogens* <1>), вследствие чего Конвенция N 10 и Конвенция CDI-US 96 обладали идентичной юридической силой;

<1> *Jus cogens* (лат.) - императивная норма (примеч. переводчика).

- в связи с тем, что Конвенция CDI-US 96, как и Конвенция [о защите прав человека и основных свобод] и Международный пакт о гражданских и политических правах (далее - Пакт ООН II), была подписана раньше, чем Конвенция N 10, ее положения применяются лишь в части, не противоречащей положениям Конвенции N 10, поскольку последняя как более поздний акт имеет большую юридическую силу и преимущество.

В. Производство по делу заявителя

1. Предыстория дела

19. Юридическое дело заявителя было передано банком UBS AG в ФНА 19 января 2010 г.

В окончательном решении от 7 июня 2010 г. ФНА признала, что все условия для оказания административной помощи Службе внутренних доходов США выполнены, и потребовала предоставить ей документы, принятые банком UBS AG.

20. 7 июля 2010 г. заявитель обжаловал это решение в Федеральный административный суд Швейцарии.

21 сентября 2010 г. Федеральный административный суд без рассмотрения вопроса о законности решения от 7 июня 2010 г. отменил его, отметив, что не было соблюдено право заявителя быть выслушанным. Следовательно, ФАС направил дело в ФНА, чтобы предоставить заявителю возможность озвучить свои замечания, после чего ФНА должна была принять новое решение по вопросу оказания административной помощи государственным органам США по делу заявителя.

21. Письмом от 28 сентября 2010 г. ФНА предложила заявителю до 29

октября 2010 г. представить свои замечания, если таковые имелись, которые могли быть приняты во внимание при вынесении нового решения.

13 октября 2010 г. заявитель представил в ФНА свою позицию.

В решении от 4 ноября 2010 г. ФНА вновь признала, что все условия для оказания административной помощи Службе внутренних доходов США выполнены, и потребовала от UBS AG предоставить запрошенные документы.

22. 8 декабря 2010 г. заявитель обжаловал решение от 4 ноября 2010 г. в Федеральный административный суд Швейцарии. Жалоба заявителя в основном касалась отсутствия правовой основы для вынесения решений от 1 сентября 2009 г. и 4 ноября 2010 г., а также нарушения Конвенции и других международных договоров вследствие, в частности, несоблюдения запрета обратной силы закона, нарушения права на уважение частной жизни, презумпции невиновности, принципа равноправия и запрета на дискриминацию, а также права хранить молчание.

2. Постановление Федерального административного суда Швейцарии от 2 марта 2011 г.

23. Действуя в качестве суда последней инстанции Швейцарии, Федеральный административный суд 2 марта 2011 г. вынес постановление по делу заявителя.

Федеральный административный суд признал прежде всего, что Конвенция N 10 имела обязательную силу для властей Швейцарии и что государственные органы Швейцарии не должны были проверять, соответствовала ли Конвенция N 10 федеральному законодательству и ранее подписанным международным конвенциям.

Сославшись на пилотное постановление от 15 июля 2010 г. N A-4013/2010 (см. § 18 настоящего Постановления), Федеральный административный суд отметил следующее:

«...3.2. Решение ФНА от 1 сентября 2009 г. по делу UBS AG касается

неоказания взаимной административной помощи. В данном случае речь идет об обыкновенном решении, в соответствии с которым нижестоящий орган потребовал от банка UBS AG предоставить информацию, указанную в пункте 3 статьи 20с Конвенции CDI-US 96. Соответственно, следует признать, что Соглашение 09 вкупе с вышеуказанным положением представляло собой достаточную правовую основу, которая наделяет ФНА правом выносить в отношении UBS AG решения, содержащие, среди прочего, требования о предоставлении ФНА полных юридических дел клиентов, на которых распространяет действие Соглашение 09. При данных условиях жалоба заявителя представляется необоснованной.

4.1.1. В пилотном постановлении от 15 июля 2010 г. N А-4013/2010 ФАС пришел к выводу, что Конвенция N 10 имеет для государственных органов Швейцарии обязательную силу. Ни внутригосударственное законодательство, ни правоприменительная практика швейцарских государственных органов не допускали отступлений от ее положений. Федеральный административный суд ранее признавал, что в соответствии со статьей 190 [Конституции Швейцарской Конфедерации] государственные органы обязаны применять положения международного права, частью которого является Конвенция N 10, а также что в любом случае международно-правовой акт не проверяется на предмет соответствия Конституции Швейцарской Конфедерации и федеральному законодательству, если этот международно-правовой акт принят позднее. Таким образом, Федеральный административный суд признал, что Конвенция N 10 должна была применяться даже в том случае, если она противоречит Конституции Швейцарской Конфедерации или внутригосударственному законодательству (см. для сравнения постановление Федерального административного суда от 15 июля 2010 г. N А-4013/2010, пункт 3 мотивировочной части и содержащиеся в нем ссылки; см. для сравнения также постановления ФАС от 3 февраля 2011 г. N А-7014/2010,

пункт 4.1.1 мотивировочной части и содержащиеся в нем ссылки, от 11 января 2011 г. N А-4835/2010, пункт 5.1.1 мотивировочной части, и от 10 января 2011 г. N А-6053/2010, пункт 2.1 мотивировочной части).

4.1.2. По вопросу о взаимосвязи между различными конвенциями (Конвенция N 10, Конвенция CDI-US 96 [в частности, статья 26], Конвенция о защите прав человека и основных свобод [в частности, статья 8] и Пакт ООН II [в частности, статья 17]) Федеральный административный суд указывал, что она определяется в соответствии с правилами статьи 30 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., а также что в международном праве отсутствует иерархия документов, за исключением преимущества *jus cogens*. Таким образом, Федеральный административный суд считал, что положения Конвенции N 10 обладали большей юридической силой, чем положения других международно-правовых договоров, в том числе статья 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и статья 17 Пакта ООН II, поскольку в этих договорах не содержалось *jus cogens*. В то же время Федеральный административный суд отметил, что, даже если пункт 1 статьи 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод был применим в данном случае, были выполнены условия, содержащиеся в пункте 2 статьи 8, который допускает вмешательство в право на уважение частной и семейной жизни. В действительности Конвенция N 10 представляла собой достаточную правовую основу в свете прецедентной практики Европейского Суда. Важные экономические интересы Швейцарии, а также заинтересованность в соблюдении государством принятых на себя международных обязательств превалировали над индивидуальным интересом лиц, затронутых в рамках оказания взаимной административной помощи, который состоял в сохранении конфиденциальности информации об их имущественном положении...

4.1.3. Федеральный административный суд также указал в

упоминавшемся выше пилотном постановлении от 15 июля 2010 г. N А-4013/2010, что пункт 1 статьи 7 (наказание исключительно на основании закона) Конвенции о защите прав человека и основных свобод не был применим по делам, касавшимся процедуры оказания взаимной административной помощи. Данное положение было применимо исключительно в рамках оказания Швейцарией административной помощи в случае, если лицу, затронутому при проведении мероприятий административной помощи, в запрашивающем государстве грозило бы производство, не соответствующее статье 7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод... Соответственно, в настоящем деле такие обстоятельства отсутствовали...

4.1.5. Федеральный административный суд также отметил, что стороны международного договора вправе явным образом или имплицитно предусмотреть возможность ретроактивного применения соответствующего международного договора... Кроме того, процессуальные положения могли ретроактивно распространяться на обстоятельства, возникшие до принятия этих положений, так как запрет обратной силы закона применялся лишь в материальном уголовном праве, но не в процессуальном праве, частью которого являются положения, регулирующие порядок оказания взаимной административной помощи... К тому же стороны Конвенции N 10 хотели дать иную квалификацию обстоятельствам, которые возникли до подписания Соглашения 09, и в таких случаях обычно говорят об «обратной силе». Это желание придать обратную силу положения Соглашения 09, ставшего впоследствии Конвенцией N 10, явно следовало из критериев, указанных в приложении к Конвенции N 10 и учитываемых при оказании взаимной помощи. Несмотря на то, что стороны уточнили в статье 8 Конвенции N 10, что она вступала в силу в момент подписания, они желали придать положениям Конвенции N 10 обратную силу...

4.1.7. В настоящем деле в свете упоминавшихся выше судебных

решений можно констатировать, что следующие возражения, относящиеся к законности и применимости Конвенции N 10, конечно, могут быть отклонены: противоречие положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод и других международных договоров; нарушение принципа запрета обратной силы закона (см. для сравнения статью 7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и статью 15 Пакта ООН II), а также нарушение права на уважение частной жизни (см. для сравнения статью 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Кроме того, вопреки мнению жалующегося лица Конвенция N 10 в настоящем деле является достаточной правовой основой для оказания административной помощи, несмотря даже на то, что она не была вынесена на (факультативный) референдум. Наконец, даже если Швейцария не могла в данном конкретном случае получить аналогичную информацию в соответствии со своим внутригосударственным законодательством, она остается связанной международными обязательствами и должна оказывать административную помощь при наличии определенных условий.

4.2. Жалующееся лицо полагает также, что Конвенция N 10 нарушает принцип равноправия и запрета дискриминации, ставя в неблагоприятное положение лишь определенную группу лиц, а именно клиентов банка UBS AG. Конвенция N 10 действительно применяется лишь к клиентам UBS AG, не распространяя свое действие на клиентов других банков. Жалующееся лицо сослалось на статью 8 Конституции Швейцарской Конфедерации, статью 14 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, пункт 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, подписанного 16 декабря 1966 г. (Пакт ООН I; RS 0.103.1), а также на пункт 2 статьи 1 и статью 26 Пакта ООН II.

Как отмечено выше, Федеральный административный суд не вправе проверять, соответствовала ли Конвенция N 10 Конституции Швейцарской Конфедерации и федеральному законодательству. Конвенция N 10 также

имеет приоритет по отношению к ранее принятым международным договорам, которые ей противоречат (см. для сравнения пункт 4.1.2 мотивировочной части настоящего постановления). Конвенция 10 должна, следовательно, применяться даже в случае, если она устанавливает в отношении клиентов банка UBS AG правовой режим, отличающийся от правового режима, установленного в отношении клиентов других банков (см. для сравнения постановление Федерального административного суда от 17 января 2011 г. N A-7156/2010, пункт 5.2.1 мотивировочной части)...».

24. По этим основаниям Федеральный административный суд оставил жалобу заявителя без удовлетворения.

3. Дальнейшее развитие событий

25. 24 марта 2011 г. заявитель подал жалобу по вопросам публичного права в Федеральный суд Швейцарии, утверждая в ней, что мотивы, приведенные в обжалуемом постановлении, применимы скорее ко взаимной помощи по уголовным, а не административным делам.

11 апреля 2011 г. Федеральный суд Швейцарии объявил жалобу неприемлемой для рассмотрения по существу, сославшись главным образом на постановление от 20 декабря 2010 г. N ATF 137 II 128, в соответствии с которым жалобы на решения ФНА, вынесенные во исполнение Конвенции об избежании двойного налогообложения и последовательно заключенных договоров с США, относятся к сфере взаимной административной помощи.

26. 14 декабря 2012 г. банковские данные, касавшиеся заявителя, были переданы налоговым органам США.

27. В письме от 14 июня 2013 г. Европейский Суд просил заявителя рассказать о дальнейшем развитии событий по делу и, в частности, кратко изложить, с какими санкциями или уголовными наказаниями в действительности столкнулся лично заявитель на территории США после того, как касавшиеся его банковские данные были раскрыты во исполнение указаний ФНА.

28. 7 августа 2013 г. заявитель сообщил, что в тот момент он не мог ответить на запрос Европейского Суда.

30 июня 2014 г. заявитель уточнил, что государственные органы США по-прежнему продолжали налоговую проверку, и до этого времени ему не были предъявлены обвинения в совершении уголовного преступления.

Председатель Палаты Суда
ЛУИС ЛОПЕС ГЕРРА