**Проблемы отнесения хищений денежных средств
при исполнении государственного контракта к преступлениям
в сфере предпринимательской деятельности**

АВДЕЕВА Екатерина Валерьевна, председатель Комитета развития правовых услуг и экспертизы законопроектов Общероссийской общественной организации «Деловая Россия»
Россия, 127473, г. Москва, ул. Делегатская, 7
E-mail: avdeeva@magras.ru

ДАНИЛОВ-ДАНИЛЬЯН Антон Викторович, сопредседатель Общероссийской общественной организации «Деловая Россия», член Комиссии Правительства Российской Федерации по законопроектной деятельности
Россия, 127473, г. Москва, ул. Делегатская, 7
E-mail: avdandan@deloros.ru

ЛЕБЕДЕВА Анна Андреевна, старший преподаватель кафедры криминалистики Московской академии Следственного комитета Российской Федерации, кандидат юридических наук
Россия, 125080, г. Москва, ул. Врубеля, 12
E-mail: lebedevaannaandreevna@gmail.com

Защита прав предпринимателей в уголовном процессе является основой для благоприятного делового и инвестиционного климата и экономического развития. Авторами рассматривается проблема привлечения представителей бизнес-сообщества в связи с неисполнением государственного контракта к уголовной ответственности по ч. 4 ст. 159 УК РФ. Однако в ряде случаев отсутствие должной квалификации совершенного деяния приводит к необоснованной уголовной ответственности, а не к урегулированию вопроса в рамках гражданско-правового спора, создавая негативные предпосылки для использования уголовного процесса в качестве средства давления на бизнес.

Цель исследования — рассмотреть основные моменты, влияющие на ошибочную квалификацию неисполнения государственных контрактов со стороны предпринимателей. Задача авторов заключается в том, чтобы определить, относится неисполнение государственного контракта к общему составу или к специальному, определенному ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, а также установить, совершено ли указанное деяние непосредственно в сфере предпринимательской деятельности.

Неотнесение исполнения условий государственного контракта к предпринимательской деятельности, не квалификация данного деяния в соответствии с ч. 5—7 ст. 159 УК РФ приводит к деструктивным последствиям: бизнес быстро переходит в стадию банкротства, работники организации лишаются рабочих мест, в бюджет государства не поступают доходы в форме налоговых отчислений такой организации, предприниматель лишается возможности возместить ущерб и избежать уголовного наказания.

Ключевые слова: государственный контракт, хищение, мошенничество, предприниматель, предпринимательская деятельность, инвестиции, уголовная ответственность.

Для цитирования: Авдеева Е. В., Данилов-Данильян А. В., Лебедева А. А. Проблемы отнесения хищений денежных средств при исполнении государственного контракта к преступлениям в сфере предпринимательской деятельности // Журнал российского права. 2020. № 3. С. 81—94. DOI: 10.12737/jrl.2020.032

Problems of Qualification of Funds' Embezzlement in the Execution of a State Contract as Crimes in the Sphere of Business Activity

E. V. AVDEEVA, A. V. DANILOV-DANILYAN

All Russia Public Organization "Business Russia", Moscow 127473, Russian Federation

E-mail: avdeeva@magras.ru; avdandan@deloros.ru

A. A. LEBEDEVA, Moscow Academy, Investigative Committee of the Russian Federation, Moscow 125080, Russian Federation

E-mail: lebedevaannaandreevna@gmail.com

Protecting the rights of entrepreneurs in criminal proceedings is the basis for a favorable business and investment climate, and for economic development. The authors address such important issues as bringing representatives of the business community to criminal liability in connection with non-performance of a state contract under part 4 of article 159 of the Criminal Code of the Russian Federation. Investigative and court practice in the sphere of fulfillment of public contracts is developing in such a way that theft not classified as committed in the framework of entrepreneurship guilty that, in the authors' view deprives the subjects of the crime-entrepreneurs of the safeguards provided for by the legislator. In a number of cases, the lack of proper qualifications, the establishment of intent to commit a crime, leads to an unjustified recognition of criminal responsibility, rather than settlement within the framework of a civil dispute, creating negative preconditions for further use of the criminal process as a means of pressure on business.

The purpose of this article is to consider the main points that affect the erroneous qualification of non-performance of state contracts on the part of entrepreneurs. The task is to determine whether the act of non-performance of a state contract belongs to the general structure or to a special one defined by part 5—7 of article 159 of the Criminal Code of the Russian Federation, and also to establish whether the specified fraud was committed directly in the sphere of business activity. So, according to the authors, the analysis of all elements of the criminal act under part 5—7 of article 159 of the Criminal Code of the Russian Federation, and elements of the crime in connection with deliberate non-performance of state contracts allowed us to reasonably answer the questions posed.

The authors of the article conclude that the erroneous qualification of fraud in the sphere of state contracts is unfavorable both for the favorable economic climate within the state and for individual economic entities. For example, not attributing the execution of the terms of the state contract to business activity, not qualifying the act in accordance with part 5—7 of article 159 of the Criminal Code of the Russian Federation leads to destructive consequences for both the entrepreneur and the economy as a whole: the business quickly comes to the point of bankruptcy, workers lose their jobs, the state budget loses income in the form of tax revenues and deductions of such an organization, the entrepreneur loses the opportunity to repair the damage, and provided opportunities to escape criminal punishment.

Keywords: state contract, theft, fraud, entrepreneur, business activity, investment, criminal liability.

For citation: Avdeeva E. V., Danilov-Danilyan A. V., Lebedeva A. A. Problems of Qualification of Funds' Embezzlement in the Execution of a State Contract as Crimes in the Sphere of Business Activity. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2020, no. 3, pp. 81—94. DOI: 10.12737/jrl.2020.032 (In Russ.)

При принятии решения о выборе юрисдикции, отрасли и объекта для своих капиталовложений инвестор учитывает много факторов, которые в будущем станут влиять на его бизнес, в том числе всю совокупность внешних воздействий на него. Наряду с независимыми от государственного регулирования ограничениями, имеющимися на каждом

конкретном рынке (обычай делового оборота в выбранной отрасли, климатические и иные природные факторы, уровень корпоративной и социальной ответственности партнеров, смежников и конкурентов и т. д.), важное значение имеют такие внешние воздействия на отраслевой рынок, как общий размер и развитость законодательной базы, сте-

пень жесткости регуляторных ограничений, их ясность и непротиворечивость, уровень развития судебной системы. Также принимаются во внимание особенности выбранного объекта инвестиций (ландшафтные условия, логистика, религиозные, национальные и иные особенности местного человеческого капитала), кроме того — внешние воздействия на него со стороны государства (индивидуальные льготы и ограничения, особенности проектирования в привязке к местности, специфические требования по подключению к инфраструктуре и т. д.).

При этом инвестор, как правило, не склонен учитывать внешние эффекты от собственной предстоящей деятельности на окружающую природную и социальную среду, других участников рынка, заказчиков планируемой к выпуску продукции, своих подрядчиков и поставщиков сырья, материалов, комплектующих, технологий для будущего производства. Часто этот «мягкий» подход распространяется на сферу контрактных отношений и выражается в недобросовестном поведении при подготовке и (или) совершении сделки, исполнении взятых на себя обязательств.

Несмотря на то что положения российского законодательства провозглашают добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий (ч. 5 ст. 10 ГК РФ), надлежащее исполнение обязательств в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона (ст. 309 ГК РФ), некоторые участники экономических отношений отклоняются от соблюдения этих принципов. При этом недобросовестность может быть различной по характеру и направленности умысла и становится уголовно наказуемым деянием, если нацелена на хищение имущества.

Хищение имущества известно еще с древности и является одним из самых распространенных видов преступлений. Мошенничество как

один из способов хищения имущества в истории любого общества являлось неотъемлемым спутником рыночных отношений. Первое упоминание о мошенничестве в российском законодательстве относится к 1550 г., когда в Судебнике Ивана Грозного в ст. 58 было введено предельно жесткое наказание за мошенничество, способом совершения которого является обман¹. Таким образом, нормы о мошенничестве в российском уголовном праве как уголовно наказуемом деянии формировались постепенно, начиная с XVI в.

До принятия первого советского уголовного кодекса не существовало единой системы норм о преступлениях против собственности с четко очерченными составами преступлений и соответствующими санкциями. Однако в некоторых декретах делались попытки сформулировать конкретные нормы. Так, Декрет ВЦИК и СНК РСФСР от 1 июня 1921 г. «О мерах борьбы с хищениями из государственных складов и должностными преступлениями, способствующими хищениям» содержал подробный перечень уголовно наказуемых деяний.

Уже в Уголовном кодексе РСФСР 1922 г. ответственность за насильственные формы хищения (кражу и мошенничество) дифференцировалась в зависимости от формы собственности, хотя и не столь резко, как в дальнейшем. Так, простая кража у частного лица каралась принудительными работами на срок до шести месяцев или лишением свободы на шесть месяцев (п. «а» ст. 180 УК), а такая же кража из государственных или общественных складов и учреждений — лишением свободы на срок до одного года или принудительными работами на тот же срок (п. «г» ст. 180 УК). Уголовный кодекс РСФСР 1926 г., изданный в соответствии с общесоюзными

¹ См.: Российское законодательство X—XX вв.: в 9 т. М., 1985. Т. 2.

Основными началами 1924 г., сохранил преемственную связь с Уголовным кодексом 1922 г. Уголовный кодекс РСФСР 1960 г. исходил из существования общего понятия «хищение», охватывающего ряд сходных по объективным и субъективным признакам посягательств на социалистическую собственность. Однако это понятие в законе не раскрывалось. Таким образом, мы видим, что в советское время был заложен подход, согласно которому хищение государственной собственности признавалось более тяжким преступлением.

Согласно ст. 8 Конституции РФ «признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности». Поэтому с принятием в 1993 г. Основного закона глава 2 о преступлениях против социалистической собственности Федеральным законом от 1 июля 1994 г. № 10-ФЗ была исключена, а ст. 147 «Мошенничество» в УК 1960 г. модифицирована так, что предполагала ответственность за указанное преступление независимо от формы собственности, ставшей объектом преступного посягательства. Теперь мошенничество понималось как «завладение чужим имуществом или приобретение права на имущество путем обмана или злоупотребления доверием (мошенничество)».

Статья 159 УК РФ, предусматривающая ответственность за мошенничество, отнесена к разд. VIII «Преступления в сфере экономики» и в числе первых размещается в гл. 21 «Преступления против собственности». Ответственность за хищение государственной или частной собственности в соответствии с Кодексом не различается, но правоприменительная практика говорит о том, что в последние годы стала возобновляться советская тенденция привлекать к большей ответственности за хищения государственной собственности нежели частной. Баланс частных и публичных интере-

сов стал смещаться в пользу последних, что не замедлило негативно сказаться на восприятии инвесторами предпринимательского климата в нашей стране и российской юрисдикции как важнейшего элемента совокупности внешних воздействий.

В настоящее время немалое количество предпринимателей, исполнивших государственные контракты, привлекаются к уголовной ответственности за выявленные нарушения по ст. 159 УК РФ. Под пристальным вниманием сотрудников правоохранительных органов оказались именно контракты, связанные с выполнением государственных заказов (регулируемые Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»), и в меньшей степени — заказы организаций, находящихся под контролем государства.

Так, существенные нарушения при исполнении государственных контрактов в большинстве случаев расцениваются со стороны органов государственной власти как хищения. Уголовные дела возбуждаются в соответствии с ч. 4 ст. 159 УК РФ. Изначально неисполнение или исполнение не должным образом существенных условий государственных контрактов влечет ответственность государственного служащего, чьи действия могут быть квалифицированы в соответствии со ст. 285, 285¹ УК РФ в случае исполнения госконтракта компанией с госучастием, а также по ч. 4 ст. 159 УК РФ в случае исполнения коммерческой организацией или индивидуальным предпринимателем. Также за хищения при неисполнении государственных контрактов подлежат привлечению к уголовной ответственности и предприниматели, которые в соответствии с договорными отношениями в рамках государственного контракта взяли на себя

вполне определенные обязательства по выполнению услуг, производству работ, поставке оборудования. Так как наша статья посвящена сложившейся практике привлечения именно субъектов предпринимательской деятельности за неисполнение государственных контрактов, коррупционная составляющая и привлечение в соответствии со ст. 285, 285¹ УК РФ не рассматриваются.

При квалификации виновно совершенных действий субъектами предпринимательской деятельности со стороны органов предварительного следствия внимание уделяется не всем значимым аспектам. Так, следователи не устанавливают должным образом субъективную сторону предполагаемого преступления, наличие умысла, а при вменении суммы хищения не учитывают объемы надлежаще выполненных работ, оказанных услуг или поставленных товаров.

Таким образом, не происходит надлежащего исследования всех элементов, свидетельствующих о наличии действительного преступного умысла на хищение при исполнении государственного контракта.

Следует учитывать, что мошенничество подразумевает хищение денежных средств путем обмана или злоупотребления доверием. В случае с госконтрактом вряд ли можно говорить о злоупотреблении доверием (осуществляющие государственную закупку орган или учреждение изначально не должны никому потенциальному исполнителю доверять и действуют в рамках строго определенных процедур и требований — как к предмету закупки, так и к его поставщику), поэтому объективная сторона преступления все же характеризуется здесь именно обманом. В действующем законодательстве содержание понятия «обман» не раскрывается. Для правоприменителей понятие обмана дано в постановлении Пленума ВС РФ от 30 ноября 2017 г.

№ 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», где указано, что обман как способ совершения хищения или приобретения права на чужое имущество может состоять в сознательном сообщении (представлении) заведомо ложных, не соответствующих действительности сведений, либо в умолчании об истинных фактах, либо в умышленных действиях (например, в предоставлении фальсифицированного товара или иного предмета сделки, использовании различных обманных приемов при расчетах за товары или услуги или при игре в азартные игры, в имитации кассовых расчетов и т. д.), направленных на введение владельца имущества или иного лица в заблуждение².

Большинство ученых под обманом понимают искажение любых фактов, относящихся к прошлому и настоящему, если это привело к преступному результату, а также умолчание о них³. При обмане искажаются события и явления реальной действительности⁴, а действительностью следует считать то, что реально существует и отличается от всего логически мыслимого, возможного, вероятного, но пока не существующего.

Следуя этой логике, нельзя говорить об обмане в том смысле, что наступили какие-либо обстоятельства при выполнении госконтракта, ко-

² См. также постановление Пленума ВС РФ от 15 ноября 2016 г. № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности».

³ См., например: Боровиков В. Б., Смердов А. А. Уголовное право. Общая и Особенная части / под ред. В. Б. Боровикова. М., 2014. С. 390; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А. Э. Жалинский. М., 2010. С. 267.

⁴ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 2008. С. 378.

торые привели к результату иному, чем было запланировано, или неполному выполнению, если на это не был направлен умысел и если полученный результат зависел от обстоятельств, не связанных с умышленным искажением фактов. Поэтому нарушения условий госконтракта, сопряженные с осознанным обманом и направленные на завладение бюджетными денежными средствами, следует отличать от иных нарушений условий госконтракта, которые, в частности, возникли вследствие объективных обстоятельств, не могут быть квалифицированы как уголовно наказуемое деяние и подлежат разрешению в рамках гражданско-правовых отношений. Надлежащее расследование и доказывание субъективной стороны, которая согласно конструкции состава преступления, предусмотренного ст. 159 УК РФ, должна включать прямой умысел, будет способствовать должной квалификации содеянного. Вопрос остается на стороне правоприменительной практики.

Что касается оценки содеянного в ситуации, когда имеет место неисполнение обязательств одной стороны в договоре между двумя не связанными с государством юридическими лицами, то, по мнению сотрудников правоохранительных органов, в таких случаях чаще выносятся постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, так как наличествуют гражданско-правовые отношения, подлежащие разрешению в арбитражном процессе. При невыполнении обязательств юридического лица перед гражданами имеет значение сумма похищенного и количество обманутых граждан. Чем выше сумма и (или) больше граждан, кому причинен ущерб, тем вероятнее возбуждение уголовного дела; в иных случаях усматриваются гражданско-правовые отношения, подлежащие решению в суде общей юрисдикции. Неэффективное же расходование

бюджетных средств в рамках исполнения госконтракта, его ненадлежащее исполнение или неисполнение безапелляционно квалифицируются в соответствии с ч. 4 ст. 159 УК РФ.

Статья 159 УК РФ до принятия Федерального закона от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ охватывала все случаи неправомерного присвоения чужого имущества или приобретения права на чужое имущество путем обмана. В последующем уголовный закон был дополнен шестью отдельными специальными разновидностями основного мошенничества, в числе которых была ст. 159⁴ УК РФ, предусматривающая ответственность за мошенничество в сфере предпринимательской деятельности. Она утратила силу на основании Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 325-ФЗ в связи с признанием в 2014 г. Конституционным Судом РФ положений ст. 159⁴ УК РФ не соответствующими Конституции РФ⁵. Статья 159 УК РФ Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 323-ФЗ была дополнена ч. 5—7, которые предусматривают ответственность за мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных отношений в сфере предпринимательской деятельности. Тот факт, что такое мошенничество является специальным по отношению к общеуголовному мошенничеству, подтверждается не только доктриной уголовного права, но и правоприменительной практикой⁶.

⁵ См. постановление КС РФ от 11 декабря 2014 г. № 32-П по делу о проверке конституционности положений ст. 159⁴ УК РФ.

⁶ См.: Колоколов Н. А. Новое старое мошенничество // Юрист предприятия в вопросах и ответах. 2013. № 2. С. 56; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ по применению Федерального закона от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ и постановления Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 2 июля 2013 г. № 2559-6 ГД

Бесспорно, родовой и видовой объекты основного мошенничества (ч. 1—4 ст. 159 УК РФ) и его специальной разновидности (ч. 5—7 ст. 159 УК РФ) совпадают. Однако общественные отношения, охраняемые ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, не тождественны общественным отношениям, охраняемым ч. 1—4 ст. 159 УК РФ. При этом, несмотря на различные суммы, соответствующие порогу крупного и особо крупного размера для ч. 3, 4 и 6, 7 соответственно, санкции ч. 3 идентичны ч. 6, а ч. 4 идентична по санкции ч. 7.

Квалификация ненадлежащего исполнения или неисполнения госконтракта по ч. 4 ст. 159 УК РФ предполагает, что предприниматель в соответствии со сложившейся практикой подлежит, как правило, заключению под стражу. Такая мера пресечения избирается именно в связи с тем, что инкриминируемое преступление не признается совершенным в сфере предпринимательской деятельности или в связи с неисполнением договорных обязательств, что лишает предпринимателя права на ряд законодательных гарантий, в частности касающихся предоставления свиданий с нотариусом без ограничения их числа и продолжительности (что крайне важно для продолжения управления бизнесом) (ст. 47 УПК РФ), установленного срока приобщения изъятых в качестве вещественных доказательств либо возврата изъятых (ст. 81¹ УПК РФ), возможности быть освобожденным от уголовного наказания в соответствии со ст. 76¹ УПК РФ или заявлять о прекращении уголовного преследования в соответствии со ст. 28¹ УПК РФ и др.

Позиция государства по предоставлению на законодательном уровне определенных дополнительных гарантий для предпринимателя базируется на понимании того, что преступления в сфере предприни-

мательской деятельности посягают на отношения собственности, имущественные и иные неимущественные права, т. е. на возобновляемые блага (жизнь и здоровье не могут быть отнесены к восполняемым категориям), а также обосновывается созданием действенных организационно-правовых механизмов, позволяющих исключить возможность использования уголовного преследования в качестве средства для давления на предпринимательские структуры и решения споров хозяйствующих субъектов, оградить от необоснованного привлечения к уголовной ответственности предпринимателей за неисполнение ими договорных обязательств в тех случаях, когда оно обусловлено обычными предпринимательскими рисками, что указано в постановлении Пленума ВС РФ от 15 ноября 2016 г. № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности».

Так, одним из приоритетных направлений современной российской уголовной политики является обеспечение правовой безопасности предпринимательской деятельности как центрального звена экономической составляющей государства, в том числе через корректировку объема и порядка применения к субъектам предпринимательства мер уголовной ответственности и наказания.

В Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 20 февраля 2019 г. отмечено, что для достижения тех масштабных целей, которые стоят перед страной, государству и обществу нужно избавляться от всего, что ограничивает свободу и инициативу предпринимательства. Добросовестный бизнес не должен постоянно ходить «под статьей», постоянно чувствовать риск административного или даже уголовного наказания. Это важнейшая конста-

«Об объявлении амнистии», утв. Президиумом ВС РФ 4 декабря 2013 г.

тация неоправданности смещения баланса частных и публичных интересов в пользу последних.

Последовательная политика по созданию механизмов защиты предпринимателя от необоснованного уголовного преследования или оказания давления на него посредством уголовного преследования отмечается уже не один год. Заметным шагом в указанном главой государства направлении стали дополнения УК РФ и УПК РФ, разъяснения, данные в постановлениях Пленума ВС РФ.

Законодатель, безусловно, имел целью защитить права собственности от преступных посягательств, стимулировать законную предпринимательскую деятельность, осуществляемую ее субъектами самостоятельно, на свой риск и основанную на принципах юридического равенства и добросовестности сторон, свободы договора и конкуренции, провозглашенных Конституцией РФ. Таким образом, законодатель преследовал цель отграничить уголовно наказуемые деяния от собственно предпринимательской деятельности, исключить возможность разрешения гражданско-правовых споров посредством уголовного преследования, создать механизм защиты добросовестных предпринимателей от необоснованного привлечения к уголовной ответственности и одновременно не допустить ухода виновных лиц от уголовной ответственности под прикрытием гражданско-правовой сделки⁷.

Вместе с тем на протяжении последних пяти лет прослеживается некая двойственность по отношению к субъектам предпринимательства: с одной стороны, титулярная либерализация уголовной политики в отношении представителей бизнеса, с другой — увеличение числа фактов привлечения к уголовной ответ-

ственности предпринимателей за хищения (мошенничество) при исполнении госконтракта.

Отметим, что хищение путем обмана или злоупотребления доверием, которое направлено на имущество частных лиц, организаций, государственных компаний и корпораций, квалифицируется также независимо от наличия договорных отношений чаще по ч. 3 или 4 ст. 159 УК РФ. При этом статистика свидетельствует, что уголовное дело не только применительно к госконтрактам, но даже при наличии оснований говорить об умышленном неисполнении обязательств между юридическими лицами крайне редко возбуждается по ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, которые специально предусматривают ответственность за мошенничество, сопряженное с неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, и в соответствии с ч. 1¹ ст. 108 УПК РФ в этих случаях должно иметь место неприменение меры пресечения в виде заключения под стражу, если отсутствуют иные к этому основания. Квалификация по ч. 5—7 ст. 159 УК РФ не требует дополнительного доказательства стороной защиты для получения предусмотренных законодателем гарантий для предпринимателя того, что деяние совершено именно в сфере предпринимательской деятельности.

Возникают вопросы: почему сотрудники следственных органов не квалифицируют неисполнение обязательств по государственному контракту в качестве мошенничества, сопряженного с неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности? Является ли такая квалификация следствием «субъективизма» следственных органов, у которых сформирована позиция не рассматривать хищения, совершенные при исполнении госконтракта, в качестве преступлений, реализованных в рамках предпринимательской деятельности? Какая квалификация будет бо-

⁷ См. постановление КС РФ от 11 декабря 2014 г. № 32-П по делу о проверке конституционности положений ст. 159⁴ УК РФ.

лее правильной, есть ли основания для квалификации по ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, а также каково соотношение между ч. 3—4 и ч. 5—7 ст. 159 УК РФ?

По своей правовой природе государственный контракт — договорное обязательство, где в качестве сторон сделки выступают:

предприниматель как поставщик товара или услуги, объекта материального мира, имеющего стоимостное выражение, определенные признаки, технические характеристики, — с одной стороны, и

орган (учреждение, предприятие), использующий денежные средства бюджета соответствующего уровня, — с другой.

Бюджетные денежные средства — это собственность государства. В отличие от советского периода, когда вопросы защиты социалистической собственности⁸ были в приоритете над другими формами собственности, сегодня на законодательном уровне не различаются хищения в зависимости от формы собственности, что соответствует закреплённому в Конституции РФ равенству всех форм собственности. Да, важнейшей отличительной особенностью госконтракта является источник финансирования — средства бюджетов различных уровней и внебюджетных источников, принадлежащих публичным образованиям различного уровня. Но говорить о том, что источник финансирования изменяет правовую природу контракта, не приходится. Поэтому можно утверждать, что госконтракт по своей правовой природе остается договорным обязательством предпринимателя, кроме случаев, когда контракт исполняет унитарное предприятие (например, в качестве единственного поставщика).

⁸ См. постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 7 августа 1932 г. «Об охране имущества государственных предприятий, колхозов и кооперации и укреплении общественной (социалистической) собственности».

Поэтому что касается мошенничества, сопряженного с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, если это деяние повлекло причинение значительного ущерба (в крупном или особо крупном размерах), то основным объектом преступления, как нам представляется, являются отношения в сфере предпринимательской деятельности, и лишь дополнительным — собственность как база для ведения предпринимательской (экономической) деятельности.

Таким образом, если основной состав мошенничества применяется в сфере права собственности и других вещных прав (вещное право), то мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, посягает больше на обязательственные отношения (обязательственное право)⁹. И если мы говорим о государственном или коммерческом контракте, то можем утверждать, что все же в большей части неисполнение посягает на обязательственные отношения, из чего вытекает необходимость квалифицировать неисполнение госконтракта как неисполнение договорных обязательств.

Но является ли исполнение госконтракта разновидностью предпринимательской деятельности? Безусловно, является.

Во-первых, выведение государственной контрактации из сферы предпринимательской деятельности поставит вне правового поля все те частные организации, которые всю свою выручку формируют, реализуя продукцию по государственному заказу, например оборонному. В оборонно-промышленном комплексе таких организаций много

⁹ См.: *Потапов О. Ю.* Уголовно-правовая ответственность в обязательственном праве // Актуальные проблемы обязательственного права и арбитражного процесса: сб. науч. ст. Пермь, 2017. С. 132—136.

среди коммерческих производителей конечных изделий (вооружения и военной техники) и предприятий кооперации первого уровня.

Во-вторых, как известно, предпринимательская деятельность осуществляется на свой риск в соответствии с признаками предпринимательской деятельности, отраженными в определении данного термина (ст. 2 ГК РФ). Участие государства в организации и проведении тендеров, по мнению правоохранительных органов, минимизирует риски второй стороны по исполнению обязательств (реализации услуг) в рамках исполнения госконтракта. Однако минимизация не тождественна полному отсутствию риска. Не только в 1990-е гг., когда это было массовым явлением, но и сейчас, хотя и в гораздо меньшем масштабе, государственные организации-заказчики срывали своевременную оплату государственного заказа, ставя предпринимателей-исполнителей в тяжелые финансовые ситуации, сопряженные с угрозой банкротства. И если риск неисполнения госконтракта подрядчиком хоть как-то хеджируется обязательными банковскими гарантиями и задатками, то риск несвоевременной оплаты государством не страхуется им вовсе.

Также очевидно, что предпринимательский риск при исполнении госконтрактов возрастает при наличии высокой конкуренции на соответствующих рынках. В таких отраслях, как клининг, охранные услуги, обслуживание и эксплуатация различных систем в зданиях и сооружениях, поставка мебели, оказание консультационных услуг и проч., проведение тендеров на заключение госконтрактов практически всегда приводит к значительному снижению итоговой цены относительно стартовой. В результате прибыльность сделки для предпринимателя оказывается настолько незначительной, а вероятность получения убытка вслед-

ствие непредвиденных обстоятельств в ходе исполнения госконтракта — настолько значимой, что для некоторых поставщиков таких товаров и услуг соблазн нарушить налоговое, трудовое законодательство или обязательные требования технического регулирования становится непреодолимым. Легальных способов получить прибыль просто не остается. В этих условиях необоснованно говорить о минимизации риска предпринимательской стороны госконтракта.

В-третьих, если признаки предпринимательской деятельности сопоставить с деятельностью юридического лица при заключении и исполнении госконтракта, то мы увидим их правовую тождественность. Условно признаки предпринимательской деятельности можно подразделить на нормативно-закрепленные и формально обозначенные, вытекающие из экономической сущности предпринимательской деятельности.

К первой группе признаков можно отнести следующие:

1) предпринимательская деятельность осуществляется в любой из перечисленных в законе форм (пользование имуществом, продажа товаров, выполнение работ, оказание услуг, в том числе в рамках госконтрактов);

2) предпринимательская деятельность осуществляется лицом, официально зарегистрированным в качестве лица, занимающегося предпринимательской деятельностью; физическое лицо должно быть зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя (ст. 23 ГК РФ), а юридическое — пройти государственную регистрацию в качестве коммерческой или некоммерческой организации (ст. 50, 51 ГК РФ)¹⁰. Необходимо отметить, что к испол-

¹⁰ См.: Семьянов Е. В. Незаконное предпринимательство. Особенности привлечения к ответственности // Арбитражное правосудие в России. 2009. № 3.

нению госконтрактов незарегистрированные лица не допускаются;

3) предпринимательская деятельность осуществляется в соответствии с нормативно установленным порядком и условиями регистрации (например, при требовании в условиях госконтракта о наличии лицензии на осуществление соответствующей деятельности исполнитель, ее не имеющий, к торгам допущен не будет).

Ко второй группе признаков предпринимательской деятельности относятся:

1) предпринимательская деятельность осуществляется самостоятельно. Наличие данного признака означает, что экономическая деятельность осуществляется без какого-либо внешнего принудительного, нерегуляторного давления, хозяйствующий субъект самостоятельно принимает необходимые управленческие решения о формировании персонала, направлении деятельности, рынках сбыта и др. (в частности, организация, выигравшая конкурс на заключение госконтракта, самостоятельна в выборе контрагентов);

2) предпринимательская деятельность осуществляется на свой риск; понятие «риск» определяется как действие в условиях наступления неблагоприятных обстоятельств, таких как: отзыв лицензии у банка, в котором открыт расчетный счет; гибель (уничтожение) товара¹¹; недобросовестность контрагентов; несвоевременная оплата поставленной по контракту продукции, работ, услуг; изменение курса валют и др.;

3) предпринимательская деятельность направлена на получение прибыли (в частности, организация, выигравшая тендер на заключение госконтракта, выбирает контрагентов, закупает продукцию, материалы, стремясь найти наиболее выгодное

предложение, чтобы разница между ценой госконтракта и суммой, потраченной для оплаты расходов в его исполнение, была максимально возможной).

Указанное выше свидетельствует об идентичности признаков предпринимательской деятельности и деятельности организации в рамках заключения (исполнения) госконтракта.

Также отметим, что согласно постановлению КС РФ от 11 декабря 2014 г. № 32-П предпринимательская деятельность осуществляется в различных сферах общественных отношений, предметом хищения чужого имущества применительно к преступлению могут быть как средства потребителей (граждан), так и бюджетные средства (при преднамеренном неисполнении государственных и муниципальных контрактов), а также средства других коммерческих и некоммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей.

В соответствии с постановлением Пленума ВС РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» преступления следует считать совершенными в сфере предпринимательской деятельности, если они совершены индивидуальным предпринимателем в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности и (или) управлением принадлежащим ему имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности, а также членом органа управления коммерческой организации в связи с осуществлением им полномочий по управлению организацией либо при осуществлении коммерческой организацией предпринимательской деятельности.

Несмотря на то что мошеннические действия при исполнении госконтракта представляется целесообразным квалифицировать по ч. 5—7

¹¹ См.: Сидоренко Э. Л. Преступления в сфере предпринимательской деятельности: проблемы юридической идентификации // Общество и право. 2015. № 4 (54).

ст. 159 УК РФ, необходимо учитывать, что в п. 4 примечания к ст. 159 УК РФ имеется указание на то, что действие ч. 5—7 распространяется на случаи преднамеренного неисполнения договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, когда сторонами договора являются индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации. Сегодня правоприменитель не может вменить в ситуации с госконтрактом ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, так как законодатель ограничил применение этих частей только для ситуации, когда обе стороны являются коммерческими организациями и (или) индивидуальными предпринимателями. При этом правовая природа этих отношений предполагает необходимость внесения изменения в законодательство, расширив применение ч. 5—7 не только на коммерческие организации, но и на ситуации, когда одной из сторон обязательно выступает коммерческая организация и (или) индивидуальный предприниматель, а другой стороной может выступать помимо перечисленных и организация с государственным участием. Такой подход позволит не только защитить предпринимателей, но и будет способствовать пополнению бюджета за счет стимулирования возможности возмещения ущерба для освобождения от уголовного наказания, а также снижать количество банкротств компаний в связи с уголовным преследованием в отношении предпринимателей, что, в свою очередь, будет выполнять и социальную роль, способствуя сохранению рабочих мест.

Таким образом, внесение изменений в ст. 159 УК РФ путем добавления примечания позволит хищение при исполнении госконтракта квалифицировать в соответствии с ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, что будет точнее соответствовать правовой природе деяния.

Законодатель также придерживается указанной позиции, о чем свидетельствуют формулировки норм

УК РФ и УПК РФ. Так, согласно ст. 25¹ УПК РФ и ст. 76¹ УК РФ лицо, впервые совершившее преступление, предусмотренное ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, т. е. мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, освобождается от уголовной ответственности, если возместило ущерб, причиненный гражданину, организации или государству в результате совершения преступления, и перечислило в федеральный бюджет денежное возмещение.

Так как преступления, квалифицируемые в ч. 5—7 ст. 159 УК РФ, априори отнесены к преступлениям, совершаемым в сфере предпринимательской деятельности, то и мошенничество (хищение), совершенное в области исполнения госконтрактов, на основании изложенных выше доводов относится к предпринимательской деятельности.

Можно сделать вывод о том, что, во-первых, государственный контракт по своей природе является договорным обязательством, во-вторых, исполнение госконтракта относится к сфере предпринимательской деятельности, а следовательно, и инкриминируемое хищение путем мошеннических действий здесь должно относиться к сфере предпринимательской деятельности, а квалифицировать неисполнение или ненадлежащее исполнение госконтракта следует в соответствии с ч. 5—7 ст. 159 УК РФ — в зависимости от суммы инкриминируемого хищения, если нет оснований для отказа в возбуждении уголовного дела и направлении его в арбитражный процесс. Указанное справедливо и не требует переквалификации в случае, если в ходе следствия не будет установлено и доказано то, что предприниматель оформил в установленном законом порядке юридическое лицо или получил статус индивидуального предпринимателя исключительно для того, чтобы завладеть денежными средствами,

полученными по государственному контракту, что при надлежащей проверке должно выявляться еще на стадии подачи заявки на участие в конкурсе.

Неверная квалификация сотрудниками следственных органов неисполнения обязательств по государственному контракту — это следствие устоявшейся системы, при которой к анализу причин неисполнения контракта подходят исключительно с позиции презумпции виновности предпринимательской стороны. Выходом из сложившейся ситуации может быть продуктивная, на наш взгляд, работа по преодолению этой системы в рамках правоприменения, а последовательное законодательное ограничение правоохранительных органов в их возможностях открывать следствие по любым экономическим статьям до завершения проверок казначейскими и иными контрольными органами и до вынесения решения суда. Пострадавшая от неисполнения обязательств по госконтракту сторона должна будет обращаться именно в суд для защиты своих прав и компенсации ущерба, а следственные органы обязаны будут вернуть любое заявление такой стороны, если оно поступит к ним на рассмотрение до решения суда. При этом суд должен исследовать вопрос на основе изучения аргументов обеих сторон

госконтракта и контрольных органов и при необходимости вынести решение о наличии признаков злонамеренности одной из сторон. И только после этого, т. е. после решения суда и именно от него, можно передавать материалы спора в следственные органы для изучения той стороны дела, которая касается не вопроса о правоте той или иной стороны спора, а вопроса о злонамеренности действий, от которой пострадала сторона госконтракта. Именно упор на сбор подтверждений злонамеренности признанного судом совершенного преступления должен быть выдвинут изменениями законодательства на первый план в деятельности следственных органов в сфере неисполненных госконтрактов.

Однако сказанное выше отнюдь не означает, что работа по преодолению подхода с позиции презумпции виновности предпринимательской стороны должна быть отодвинута на второй план или вовсе забыта. Правильная квалификация содеянного и применение предусмотренных гарантий со стороны законодателя для предпринимателей, в том числе при исполнении госконтрактов, уже сейчас способствует увеличению инвестиционной активности предпринимателей, улучшению делового климата и, как следствие, будет стимулировать развитие экономики страны.

Библиографический список

- Боровиков В. Б., Смердов А. А. Уголовное право. Общая и Особенная части / под ред. В. Б. Боровикова. М., 2014.
- Колоколов Н. А. Новое старое мошенничество // Юрист предприятия в вопросах и ответах. 2013. № 2.
- Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А. Э. Жалинский. М., 2010.
- Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 2008.
- Потапов О. Ю. Уголовно-правовая ответственность в обязательственном праве // Актуальные проблемы обязательственного права и арбитражного процесса: сб. науч. ст. Пермь, 2017.
- Российское законодательство X—XX вв.: в 9 т. М., 1985. Т. 2.
- Семьянов Е. В. Незаконное предпринимательство. Особенности привлечения к ответственности // Арбитражное правосудие в России. 2009. № 3.
- Сидоренко Э. Л. Преступления в сфере предпринимательской деятельности: проблемы юридической идентификации // Общество и право. 2015. № 4 (54).

References

- Borovikov V. B., Smerdov A. A. Criminal Law, General and Special Parts. Ed. by V. B. Borovikov. Moscow, 2014. 717 p. (In Russ.)
- Commentary on the criminal code of the Russian Federation. Ed. by A. E. Zhalinskiy. Moscow, 2010. (In Russ.)
- Kolokolov N. A. New old fraud. *Yurist predpriyatiya v voprosakh i otvetakh*, 2013, no. 2. (In Russ.)
- Ozhegov S. I., Shvedova N. Yu. Explanatory dictionary of the Russian language. Moscow, 2008. (In Russ.)
- Potapov O. Yu. Criminal liability in liability law. In the collection. *Actual problems of the law of obligations and the arbitration process*. Perm', 2017. (In Russ.)
- Russian Legislation X—XX centuries. Moscow, 1985. Vol. 2. (In Russ.)
- Sem'yanov E. V. Illegal business. Features of holding to account. *Arbitrazhnoe pravosudie v Rossii*, 2009, no. 3. (In Russ.)
- Sidorenko E. L. Crimes in the field of entrepreneurial activity: problems of legal identification. *Obshchestvo i pravo*, 2015, no. 4 (54). (In Russ.)
-
-