

Сергей Изосимов

**Уголовное законодательство
об ответственности
за служебные...**



Теория и практика уголовного права и уголовного процесса

Сергей Изосимов

**Уголовное законодательство
об ответственности за
служебные преступления,
совершаемые в коммерческих
или иных организациях:
история, современность,
перспективы развития**

«Юридический центр»

2013

Изосимов С. В.

Уголовное законодательство об ответственности за служебные преступления, совершаемые в коммерческих или иных организациях: история, современность, перспективы развития / С. В. Изосимов — «Юридический центр», 2013 — (Теория и практика уголовного права и уголовного процесса)

В работе проводится теоретико-прикладной анализ служебных преступлений, совершаемых в коммерческих и иных организациях. Автор дает развернутую криминологическую характеристику данной группы преступлений, исследует вопросы становления, развития и функционирования норм отечественного и зарубежного уголовного законодательства, устанавливающих ответственность за преступления служащих коммерческих организаций, частных нотариусов, аудиторов, охранников и детективов. На основе проведенного анализа излагается авторская концепция развития норм об ответственности за служебные преступления, совершаемые в коммерческих и иных организациях. Работа адресуется преподавателям, адъюнктам, аспирантам и студентам юридических вузов, научным и практическим работникам, а также всем интересующимся вопросами права.

ББК 67.408

© Изосимов С. В., 2013

© Юридический центр, 2013

Содержание

Введение	6
Раздел I. Развитие норм, предусматривающих уголовную ответственность за служебные преступления в коммерческих и иных организациях, в отечественном законодательстве	10
Глава 1. Ответственность за служебные преступления управленческого персонала коммерческих и иных организаций по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.), Уголовному уложению 1903 г. и уголовному законодательству советского периода	10
§ 1. Ответственность лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях, по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.) и Уголовному уложению 1903 г.	10
§ 2. Уголовная ответственность за преступления, совершаемые управленческим персоналом коммерческих и иных организаций, в годы нэпа и последующий советский период	25
Глава 2. Становление и развитие в России частного нотариата, аудита, частных охранных и детективных служб: эволюция регламентации деятельности и ответственности служащих за злоупотребления полномочиями	41
§ 1. История становления и развития российского нотариата: эволюция норм, регламентирующих ответственность за злоупотребления по службе частными нотариусами	41
§ 2. Становление и развитие аудита в России: регламентация деятельности и ответственность за злоупотребления по службе частных аудиторов	55
§ 3. Становление и развитие в России частных охранных и детективных служб: эволюция норм, регламентирующих ответственность за служебные преступления частных охранников и детективов	60
Раздел II. Ответственность за служебные преступления в коммерческих и иных организациях по зарубежному законодательству	66
Глава 1. Ответственность за преступления, совершаемые управленческим персоналом коммерческих и иных организаций, по зарубежному законодательству	66
§ 1. Уголовная ответственность за служебные преступления управленческого персонала коммерческих и иных организаций по законодательству стран с развитой рыночной экономикой	67
Конец ознакомительного фрагмента.	73

Сергей Изосимов
Уголовное законодательство об
ответственности за служебные
преступления, совершаемые
в коммерческих или иных
организациях: история,
современность, перспективы развития

© С. В. Изосимов, 2013

© ООО «Юридический центр-Пресс», 2013

Введение

Современные социально-экономические преобразования в Российской Федерации, характеризующиеся, прежде всего, развитием рыночных отношений, становлением частной формы собственности, предопределили необходимость установления четкого водораздела между публичной и частной сферами жизнедеятельности человека.

Известно, что экономика и право – взаимообусловленные явления общественной жизни. При интенсивном развитии экономических отношений важным является их адекватное правовое регулирование. В связи с этим приобретают актуальность вопросы регламентации ответственности за преступления, совершаемые служащими коммерческих и иных (некоммерческих) организаций, а также проблемы отграничения указанных посягательств от смежных деяний.

До принятия в 1996 г. нового УК РФ правоприменительная практика по данной категории дел не отличалась единообразием. В одних случаях служащие коммерческих и иных организаций привлекались к уголовной ответственности за должностные преступления, в других – дела в отношении них прекращались за отсутствием состава преступления. Это обусловило необходимость срочного пересмотра многих положений, которые сложились в советском уголовном праве и отражались в ранее действовавшем законодательстве, в частности понятий должностного лица и должностного преступления. Вместе с тем нужно было решить и проблему уголовной ответственности лиц, выполняющих свои служебные обязанности в коммерческих и иных организациях. Все эти вопросы нельзя было отрегулировать в рамках прежнего УК РСФСР, который в силу объективных причин уже не мог адекватно отражать происходящие в стране социально-политические и экономические процессы.

Отмеченные обстоятельства не остались незамеченными российским законодателем, который в новом УК РФ уделил особое внимание противоправным деяниям субъектов, злоупотребляющих полномочиями по службе в коммерческих и иных организациях, как с точки зрения их перечня, так и определения места, занимаемого ими в системе Особенной части уголовного закона. Первое нашло свое выражение в преобразовании ранее известных составов преступлений для нужд криминализации некоторых форм негативного поведения в негосударственной сфере, а второе – в обособлении в отдельной главе ряда составов, посвященных посягательствам на интересы службы в коммерческих и иных организациях. Таким образом, в действующем уголовном законодательстве была проведена дифференциация ответственности лиц, состоящих на государственной службе или на службе в органах местного самоуправления, и иных служащих. Соответственно, в нем появились две главы – гл. 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях», помещенная в раздел VIII УК «Преступления в сфере экономики», и гл. 30 «Преступления против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления» в разделе X УК «Преступления против государственной власти».

Новизна законодательного решения вызвала естественные трудности в следственной и судебной практике при оценке деяний, предусмотренных гл. 23 УК, что вызвало настоятельную потребность в их изучении. За истекшие десять лет действия УК РФ в теории и практике не сложилось единых взглядов на многие вопросы, связанные с реализацией уголовно-правовых норм об ответственности за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях. Правоприменительная практика и научный анализ данных нормативных установлений выявили многочисленные законодательные недоработки закрепленных в них положений.

Недостаточная эффективность уголовно-правовых норм, а также неудовлетворительная работа органов уголовной юстиции в значительной мере предопределили рост преступлений,

совершаемых служащими коммерческих и иных организаций (в период с 1997 по 2011 г. количество зарегистрированных преступлений, предусмотренных гл. 23 УК, возросло более чем в 5 раз). Безусловно, указанные обстоятельства негативно отражаются на превентивной роли уголовного законодательства. Оно перестает выполнять задачу предупреждения новых преступлений.

Следует отметить, что многие положения, закрепленные в нормах гл. 23 УК, не могут быть адекватно поняты и приняты практикой без глубокого научного анализа исторических и социальных предпосылок изменения уголовного закона при переходе от административно-командной системы управления к рыночным отношениям. Такому пониманию в значительной мере способствует изучение опыта законотворческой деятельности в развитых странах Европы и Америки. Научное исследование с использованием различных методов познания способно дать ответ на многие сложные вопросы, связанные с верным уяснением признаков составов преступлений гл. 23 УК, а также позволяет определить основные тенденции развития законодательства в рассматриваемой сфере.

Отдельные аспекты преступности и наказуемости деяний, совершаемых служащими коммерческих и иных организаций, рассматривались в работах А. А. Аслаханова, А. Я. Асниса, В. С. Букова, Б. В. Волженкина, А. С. Горелика, ДА. Гришина, И. А. Клепицкого, Н. А. Лопашенко, Л. П. Тумаркиной, СИ. Улезко, Г. Н. Хлупиной, И. В. Шишко, в диссертационных исследованиях А. Г. Андреевой, Р. Ф. Асанова, С. Г. Богатырева, А. В. Горбунова, С. А. Гордейчика, О. А. Евлановой, НА. Егоровой, Т. Э. Зульфугарзаде, С. Д. Макарова, А. М. Миньковой, А. А. Обухова, А. В. Овчарова, А. Л. Омарова, Н. В. Полосина, ДА. Семенова, Л. А. Солдатовой, А. Д. Сулеймановой, А. В. Ташкинова, А. В. Шнитенкова, А. А. Эксановой, П. С. Яни и некоторых других авторов. Однако комплексного анализа уголовно-правовых и криминологических проблем на монографическом уровне, связанных с уголовной ответственностью за преступления, предусмотренные гл. 23 УК, до сих пор не проводилось.

Объектом настоящего исследования являются общественные отношения, возникающие в связи с совершением преступлений служащими коммерческих и иных организаций, а также теоретико-прикладные проблемы обеспечения этих общественных отношений уголовно-правовыми и криминологическими средствами.

Предметом анализа выступают:

- источники отечественного и зарубежного законодательства, регулирующего общественные отношения, возникающие при совершении преступлений служащими коммерческих и иных организаций в сфере их деятельности;
- уголовно-правовые нормы действующего российского уголовного законодательства об ответственности за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях;
- основные положения теории уголовного права и других отраслей права в части уголовно-правового регулирования отношений в сфере деятельности коммерческих и иных организаций;
- судебно-следственная практика по делам о преступлениях служащих коммерческих и иных организаций;
- основные тенденции служебной преступности в коммерческих и иных организациях, ее детерминирующие факторы, специфика личности преступника, меры предупреждения данного вида деяний.

Основными целями настоящей работы являются:

- 1) разработка предложений, позволяющих повысить эффективность применения норм действующего УК РФ об ответственности за преступления, совершаемые служащими коммерческих и иных организаций в сфере их деятельности;

2) изложение авторской концепции развития норм уголовного законодательства об ответственности за указанные деяния.

Поставленные цели конкретизируются в следующих исследовательских *задачах*:

- изучить отечественный и зарубежный опыт регулирования уголовно-правовых отношений, возникающих при совершении преступлений служащими коммерческих и иных организаций, и соотнести данные деяния с преступлениями, совершаемыми публичными должностными лицами;
- выявить социальную обусловленность возникновения уголовно-правовых запретов, регулирующих поведение служащих коммерческих и иных организаций;
- провести криминологический и уголовно-правовой анализ видов преступлений, совершаемых служащими коммерческих и иных организаций;
- проанализировать обоснованность законодательного закрепления в УК РФ гл. 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» и выявить функциональное назначение указанного нормативного образования;
- установить основные тенденции развития уголовного законодательства об ответственности за преступления, совершаемые служащими коммерческих и иных организаций, и определить место этих общественно опасных деяний в системе Особенной части УК;
- сформулировать понятие рассматриваемых деяний;
- рассмотреть особенности субъектов преступлений гл. 23 УК;
- осуществить поиск оптимальных мер по противодействию преступлениям, совершаемым служащими коммерческих и иных организаций.

Теоретико-методологической основой исследования послужил общенаучный диалектический метод познания социальной и правовой действительности. Применялись также исторический, системно-структурный, сравнительно-правовой, формально-логический методы, метод правового моделирования. Активно использовались частнонаучные методы исследования: документальный метод, контент-анализ, наблюдение, анкетный опрос, статистические методы, процедуры обобщения и интерпретации эмпирических данных и др.

Основные положения работы базируются на действующем законодательстве, материалах судебно-следственной и прокурорской практики, современных достижениях уголовного права, криминологии, административного, гражданского и других отраслей права.

Теоретическую основу исследования составили труды ученых в области общей теории права, уголовного права, уголовного процесса, криминологии, административного и государственного права: В. М. Баранова, Т. Б. Басовой, Д. Н. Бахраха, А. Г. Безверхова, Г. Н. Борзенкова, Б. В. Волженкина, Я. И. Гилинского, Л. В. Головки, А. С. Горелика, Г. Н. Горшенкова, А. Р. Гюнтера, А. И. Долговой, В. В. Есипова, А. И. Елистратова, А. А. Жижиленко, Б. В. Здравомыслова, И. А. Клепицкого, В. В. Колесникова, В. С. Комиссарова, А. А. Конева, Л. Л. Кругликова, Н. Е. Крыловой, А. П. Кузнецова, Н. Ф. Кузнецовой, Б. М. Леонтьева, Н. А. Лопашенко, С. В. Максимова, В. П. Малкова, А. М. Миньковой, Б. С. Никифорова, П. Н. Панченко, А. А. Пионтковского, Т. Ю. Погосян, С. В. Познышева, Ф. М. Решетникова, Г. К. Рогинского, А. Я. Светлова, Ю. Н. Старилова, М. С. Строговича, Н. С. Таганцева, А. Н. Трайнина, И. М. Тяжковой, С. И. Улезько, В. С. Устинова, Б. С. Утевского, Г. Н. Хлупиной, А. Ю. Чупровой, В. Н. Ширяева, И. В. Шишко, А. Я. Эстрина, П. С. Яни и др.

Нормативно-правовую базу исследования составили: Конституция РФ, законодательные и подзаконные акты, постановления пленумов Верховных судов СССР, РСФСР и РФ, другие нормативные источники, регулирующие отношения в сфере деятельности коммерческих и иных организаций. В целях решения исследовательских задач изучалось уголовное законодательство стран дальнего и ближнего зарубежья (ФРГ, США, Франции, Италии, Китая, стран СНГ, Балтии и др.), прошлое уголовное законодательство России, различные законопроекты разработки, Примерный УК США, Модельный уголовный кодекс для стран СНГ, теоретиче-

ские концепции по вопросам управленческой деятельности и некоторым другим проблемам, затрагиваемым в монографии.

Эмпирическую базу работы составили: материалы судебно-следственной практики по делам о преступлениях, совершаемых служащими коммерческих и иных организаций с 1997 по 2011 г. (изучено более 180 уголовных дел этой категории); статистические сведения о состоянии и динамике служебной преступности в коммерческих и иных организациях; материалы периодической печати; результаты анкетирования служащих коммерческих и иных организаций, проводившегося по отдельным проблемным вопросам (опрошено более 160 таких лиц), опроса сотрудников правоохранительных органов (анкетирование прошли более 250 сотрудников ОВД).

Используемые при исследовании методы, объем изученного материала, личные наблюдения автора позволяют сделать вывод о репрезентативности собранной информации, достоверности научных выводов и достаточной обоснованности предложенных рекомендаций.

Теоретическая значимость выполненного исследования определяется тем, что в нем подвергнут анализу отечественный и зарубежный опыт регулирования отношений, возникающих при совершении преступлений служащими коммерческих и иных организаций; дана криминологическая характеристика служебной преступности в коммерческих и иных организациях; проведен теоретико-прикладной анализ норм действующего уголовного законодательства об ответственности за данные преступления и сформулированы конкретные предложения по их совершенствованию; предложена перспективная концепция законодательной регламентации норм об ответственности за служебные преступления в коммерческих и иных организациях.

Изложенные в настоящем исследовании научные положения и обобщения развивают и углубляют взгляды о природе деликтов в сфере деятельности коммерческих и иных организаций и их уголовно-правовой и криминологической характеристике. Содержащиеся в работе теоретические положения и выводы, определение ряда актуальных понятий и методические рекомендации окажутся полезными для дальнейших исследований, связанных с проблемой уголовной ответственности за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях, будут способствовать обогащению и развитию знаний в области уголовно-правовой борьбы с этими деяниями.

Практическая значимость исследования определяется тем, что его результаты могут быть полезны в процессе совершенствования законодательства, а также в правоприменительной деятельности, использованы в преподавании курса Особенной части уголовного права России и спецкурсов, посвященных проблемам ответственности за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях.

Раздел I. Развитие норм, предусматривающих уголовную ответственность за служебные преступления в коммерческих и иных организациях, в отечественном законодательстве

Глава 1. Ответственность за служебные преступления управленческого персонала коммерческих и иных организаций по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.), Уголовному уложению 1903 г. и уголовному законодательству советского периода

§ 1. Ответственность лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях, по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.) и Уголовному уложению 1903 г.

Коренные преобразования, проводимые в России, затронули все сферы жизни общества. Особой трансформации подверглась экономика, объективной реальностью которой стал способ организации производства материальных благ, движения товаров и оказания услуг на основе частной собственности, конкуренции, предпринимательской инициативы¹. Отношения, присущие государствам с рыночной экономикой, провозглашены и юридически закреплены в качестве составляющей основы конституционного строя. Таким образом, российская экономика стала реально базироваться на различных формах собственности. Вместе с тем такое положение уже имело место в истории нашего государства. В связи с этим представляется целесообразным обратиться к источникам прошлого.

Выдающийся русский криминалист Н. С. Таганцев отмечал, что изучение истории догмы есть средство понимания действующего права. Развивая этот тезис, он писал: «Именно, всякое правовое положение, действующее в данном государстве, хотя бы оно непосредственно и не вытекало из самого народа, а из государственной власти, непременно коренится в прошлой истории этого народа. Известно то важное значение, какое имеет историческое толкование в сфере действующего законодательства. Если мы, например, желаем изучить какой-нибудь юридический институт, существующий в данное время, то для правильного его выяснения себе мы должны проследить историческую судьбу его, то есть те поводы, в силу которых появилось данное учреждение, и те видоизменения, которым подверглось оно в своем историческом развитии»². Иными словами, в каждом ныне действующем нормативном образовании имеется известный элемент прошлого. Не является исключением здесь и действующее уголов-

¹ См.: Тюшин В. И. Уголовное законодательство и экономическая деятельность (история и современность). СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2000. С. 5.

² Таганцев Н. С. Курс уголовного права. Вып. 1. СПб., 1874. С. 21.

ное законодательство России о преступлениях служащих коммерческих и иных организаций. В этом плане профессор Б. В. Волженкин совершенно справедливо отмечал, что современный исследователь должен стремиться понять логику развития юридической мысли и, возможно, почерпнуть идеи, которые, пусть в преобразованном виде, окажутся полезными и в новых условиях³.

В рамках проводимого исследования необходимо уделить особое внимание развитию норм российского уголовного законодательства, предусматривающих ответственность за преступления, совершаемые служащими коммерческих и иных организаций, в том числе лицами, выполняющими в указанных структурах управленческие функции. Сравнительный анализ опыта правовой регламентации ответственности за указанные деяния по дореволюционному российскому уголовному законодательству и положений об ответственности за эти преступления по действующему УК РФ дает основания утверждать, что нормативные акты конца XIX в. упоминали о схожих по каким-либо признакам составах преступлений. Вместе с тем в содержательном отношении они имели определенную специфику, которая отличает их от преступлений, закрепленных в гл. 23 современного российского УК⁴. Поэтому название настоящего параграфа носит условный характер. Тем не менее изучение отечественного опыта регулирования уголовно-правовых отношений, возникающих по поводу совершения преступлений лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях (даже в том виде, в каком они формулировались ранее), является весьма актуальным. Историческое исследование этого вопроса способствует углублению научных представлений о сущности преступлений данной категории, выявлению тех обстоятельств и событий, которые определяют их возникновение. Обозначенный подход позволяет раскрыть социальную обусловленность возникновения уголовно-правовых запретов за указанные деяния, обнаружить причинно-следственную зависимость между названными нормативными образованиями и порождающими их общественными потребностями.

В юридической литературе отмечается, что уголовное законодательство XVII–XVIII вв. не разграничивало государственных и частных служащих, отождествляя эти понятия⁵, поэтому для нашего исследования особый интерес представляет отечественное уголовное законодательство второй половины XIX – начала XX в., так как именно в это время впервые начинает проводиться дифференциация ответственности субъектов по месту их службы. С этим же периодом связывается и формирование институциональных основ российского предпринимательства⁶. В предшествующий период оно развивалось в сравнительно простых формах, отношения внутри которых не нуждались в жесткой государственной регламентации в силу лично-доверительных, зачастую родственных, отношений⁷.

В силу сложившегося экономического строя и возникших общественных отношений граждан был поставлен перед необходимостью вверять свои имущественные интересы определенным учреждениям, хотя и не носящим публичного характера, но имеющим огромное значение в жизни страны, в правильном действии которых общество было заинтересовано не

³ См.: Волженкин Б. В. Служебные преступления. М.: Юрист, 2000. С. 7.

⁴ См., напр.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. Учебник для вузов / Под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. М.: ИКД «Зерцало. М», 2002. С. 134; Таишинов А. В. Уголовно-правовая политика государства в борьбе с преступлениями против интересов службы в коммерческих и иных организациях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2008. С. 15; и др.

⁵ См.: Черепедов С. С. Злоупотребление полномочиями по российскому уголовному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 13.

⁶ См.: Сулейманова А. Д. Злоупотребления полномочиями по российскому уголовному праву: проблемы квалификации и законодательной регламентации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 16.

⁷ Подробнее о становлении российского предпринимательства см.: Барышников М. Н. История делового мира России. М.: Аспект Пресс, 1994; Тимошина Т. М. Экономическая история России. М.: Филинь, 1998.

менее, чем в правильной и добросовестной деятельности органов общественного и государственного управления⁸.

К *коммерческим организациям*, существовавшим в рассматриваемый период времени, следует, в частности, отнести различные промышленные предприятия (например, хозяйственные общества), кредитные (общественные и частные банки), страховые (например, общество взаимного страхования) и торговые организации. Необходимо отметить, что к середине XIX в. российская деловая практика выработала два основных вида предпринимательского объединения: торговый дом (полный и на вере), участие в котором влекло полную имущественную ответственность каждого из товарищей по всем делам фирмы, и акционерную компанию (товарищество на паях), в которой акционеры несли ответственность в пределах своих вкладов, а управление осуществлялось специально созданными органами.

В числе *иных (некоммерческих) организаций* можно назвать органы нотариата, разнообразные общества и союзы, удовлетворявшие потребности населения в образовании, научной деятельности, художественном творчестве, здравоохранении, социальной защите и т. д.⁹

Природа взаимоотношения государства с коммерческими и иными организациями в рассматриваемый период времени была, по мнению Б. Н. Чичерина, такова, что оно, с одной стороны, содействовало частным интересам, а с другой – подчиняло их интересу общественному¹⁰. Таким образом, основная задача деятельности указанных структур состояла в том, чтобы удовлетворять возникающие общественные потребности. Однако нередко служащие коммерческих и иных организаций злоупотребляли полномочиями, предоставленными им по службе, причиняя существенный вред правам и законным интересам граждан, организаций, общества и государства. Гражданско-правовые нормы практически не пресекали злоупотребления и спекуляции в сфере деятельности данных образований. Своеобразным форпостом на пути противоправных служебных деяний должны были стать нормы уголовного закона, принявшие на себя и регулятивные функции¹¹.

По оценке С. Н. Трегубова, в сложившихся условиях именно уголовное законодательство способно было выполнять функции стабилизации кредитного рынка и промышленности: «С повсеместным развитием акционерных предприятий получила особо важное значение и борьба с злоупотреблениями в этих предприятиях путем уголовной репрессии. По своему существу успех акционерных предприятий в значительной степени зиждется на общественном доверии к заведующим и распоряжающимся делами предприятия. Поэтому всякие злоупотребления, не только влекущие за собой упадок и разорение акционерных обществ, но даже создающие опасность таковых, имеют громадное значение, как для массы непосредственно потерпевших, так и вообще для состояния кредитного рынка и промышленности»¹².

В связи с этим перед законодателем середины XIX в. стояли цели, аналогичные современным, – всеми возможными мерами, в том числе и уголовно-правовыми, оградить формирующийся промышленный и банковский сектор от широко распространенных злоупотреблений со стороны лиц, обладающих в силу своего положения управленческими полномочиями¹³.

Необходимо отметить, что отечественное уголовное законодательство второй половины XIX – начала XX в. – периода развития капиталистических отношений в России – содержало

⁸ См.: Аносов И. И. Злоупотребление доверием // Ученые записки Императорского Московского университета. Отдел юридический. Вып. 46. М., 1916. С. 52.

⁹ См.: Туманова А. С. Государственно-правовое регулирование деятельности общественных организаций в России в начале XX века: Историко-юридическое исследование: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2003. С. 3.

¹⁰ См.: Чичерин Б. Н. Курс государственной науки: В 3 т. М., 1894. URL: <http://www.garant.ru>. 2005

¹¹ См.: Мишкова А. М. Уголовная ответственность за злоупотребление полномочиями в коммерческих и иных организациях: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 14.

¹² Трегубов С. Н. Лекции по Особенной части русского уголовного права. Кн. 2. СПб., 1913. С. 276.

¹³ См.: Мишкова А. М. Указ. соч. С. 14.

достаточно широкий спектр норм, предусматривающих ответственность за различные виды посягательств на интересы службы¹⁴. Поэтому представляется необходимым обратиться к Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.) и Уголовному уложению 1903 г., которые регулировали уголовно-правовые отношения, возникающие в связи с совершением рассматриваемых деяний.

В соответствии с указанными источниками служащие коммерческих и иных организаций (в том числе лица, наделенные в них управленческими полномочиями) несли уголовную ответственность при наличии к тому оснований, как правило, за общие преступления. Однако на практике возникали многочисленные вопросы, так хорошо знакомые современному правоприменителю, связанные с квалификацией их действий. Основная проблема заключалась в отграничении преступлений, совершаемых должностными лицами коммерческих и иных организаций, от аналогичных деяний чиновников, состоящих на государственной службе. Острота указанной проблемы обуславливалась, главным образом, отсутствием в Уложении о наказаниях определения должностного лица.

Так, В. Н. Ширяев отмечал, что уголовному закону чужды вообще какие-либо теоретические определения, «мало того, оно не имеет даже определенного термина и пользуется наименованиями самыми разнообразными для определения виновников должностных преступлений; число этих наименований достигает нескольких десятков»¹⁵. Наиболее часто для определения субъекта должностного преступления закон говорит вообще о «виновном», затем довольно часто в нем употребляется выражение «должностное лицо»; этот термин заменяется и ставится иногда рядом с выражением «чиновник» (ст. 338–340, 343); другими более общими терминами, употребляемыми сравнительно реже, являются: «лицо, состоящее на службе государственной или общественной» (ст. 346, 372, 392), «вообще состоящее на службе» (ст. 354) и т. п.

Представители российской уголовно-правовой мысли пытались неоднократно выработать исчерпывающее определение должностного лица для действующего уголовного законодательства, опираясь на имеющиеся в различных отраслях права разработки этого понятия. Однако, анализируя указанное законодательство и судебную практику России, а также иных стран, вынуждены были констатировать, что «круг виновников должностных преступлений в настоящее время значительно разросся, выйдя далеко за пределы понятия должностного лица»¹⁶. Также отмечалось, что последние составляют главный контингент субъектов должностных преступлений, но в то же время само понятие такого лица не является чем-то устойчивым и неизменным, и выяснение его содержания нелегкая задача. Однако, несмотря на объективные сложности, практика настоятельно требовала от науки уголовного права разрешения данной проблемы. Самым простым способом ее разрешения, на первый взгляд, представлялось бы простое перенесение понятия должностного лица в готовом виде из той области права, где это понятие возникло и развивалось раньше всего, – из публичного, административного права. Но такое решение было невозможно, поскольку в тот момент учение о государственной должности и должностном лице как в государственном, так и в административном праве являлось крайне сложным и неразработанным (что, впрочем, актуально и для нашего времени).

«Выражение „должностное лицо“, – писал А. И. Елистратов, – употребляется то в более широком, то в более тесном смысле. Должностными лицами в широком значении этого слова называют и чиновников коронной администрации, и служащих по местному самоуправлению,

¹⁴ См., напр.: Макаров С. Эволюция понятия служебных преступлений в сфере экономики в истории российского права // Уголовное право. 2003. № 4. С. 45.

¹⁵ Ширяев В. Н. Взятничество и лиходеительство в связи с общим учением о должностных преступлениях: Уголовно-юридическое исследование. Ярославль, 1916. С. 212.

¹⁶ Ширяев В. Н. Взятничество и лиходеительство в связи с общим учением о должностных преступлениях: Уголовно-юридическое исследование. Ярославль, 1916. С. 182.

и членов правления частных обществ, все равно, преследуют ли эти общества идейные или коммерческие цели, и, наконец, лиц, состоящих на службе в разных частно-хозяйственных предприятиях»¹⁷. Вместе с тем, как указывал ученый, в науке административного права понятие должностного лица применяется лишь к той категории служащих, которые заняты в публичной деятельности, а частные служащие рассматриваются под углом зрения управляемых, или граждан.

Должностные лица, по мнению русских государствоведов и административистов, выделялись из числа граждан юридически обязательным характером своего общественного служения – отправлением такой общественной функции (должности), которая при данном публично-правовом укладе признается необходимой для общежития. Последняя как особый комплекс публичных обязанностей и прав, как служебное бремя должностного лица заключается в осуществлении данным субъектом власти публичной деятельности, удовлетворяющей общественный интерес и совершающейся во имя общего блага¹⁸.

Из вышеизложенного следует, что в государственном и административном праве дореволюционной России понятия «должностное лицо» и «государственный служащий» рассматривались как тождественные категории¹⁹. Об этом свидетельствует не только тот факт, что в работах русских государствоведов и административистов указанным понятиям придавался одинаковый смысл, но и прямые высказывания некоторых ученых-юристов по данному вопросу. Так, например, Н. Нелидов полагал, что «понятие должностного лица и служащего совпадают»²⁰.

Резюмируя сказанное, необходимо сделать следующий вывод: перед дореволюционными криминалистами, пытавшимися установить пределы понятия «должностное лицо», стояла весьма сложная задача. Ввиду того, что в вышеназванных отраслях права сохранялись заметная недостаточность и несистемность нормативного регулирования деятельности государственного аппарата и органов общественного управления, организационно-правового статуса лиц, служащих в различных звеньях системы управления, уголовному праву нужно было искать пути решения проблемы, связанной с определением понятия должностного лица, исходя из своих внутренних возможностей.

В связи с этим интересно высказывание известного криминалиста А. А. Жижиленко: «...уголовное законодательство, защищая свои ми определениями тот или иной юридический институт, исходит обычно из предположения о том, что другие области права дают готовое определение этого института. Оно не призвано строить и давать подобные определения; и если определения данного понятия нет в других областях законодательства, то эта задача конструирования его должна быть предоставлена доктриной, которой и без того приходится постоянно создавать определения разных понятий, только намеченных и слегка затронутых в уголовных кодексах»²¹.

Результаты научных изысканий, проводимых учеными-правоведами конца XIX – начала XX в., позволили определить возможные пути решения этой проблемы, которые, по нашему мнению, не потеряли своей актуальности до настоящего времени. Они заключаются в следующем:

– включение в текст закона некоторых признаков, характеризующих должностных лиц как субъектов должностных преступлений;

¹⁷ Елистратов А. И. Основные начала административного права. 2-е изд., испр. и доп. М., 1917. С. 97.

¹⁸ Елистратов А. И. Основные начала административного права. 2-е изд., испр. и доп. М., 1917. С. 98.

¹⁹ См.: Гуцева Н. В. Ответственность чиновников за должностные проступки и преступления по русскому дореволюционному законодательству в XIX – начале XX века: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2006. С. 16.

²⁰ Нелидов Н. В. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С. 137.

²¹ Жижиленко А. А. Подлог документов: Историко-догматическое исследование. СПб., 1900. С. 537.

– введение в закон конкретных терминов (понятий), обозначающих определенную группу лиц, которая причислялась бы к субъектам данных преступлений, предоставляя судебной практике возможность выяснить и установить пределы данных понятий.

Большинство дореволюционных криминалистов полагали неэффективным законодательное определение понятия должностного лица из-за подвижности жизни, но считали возможным признать таковыми представителей определенных органов. Таким образом, всю тяжесть решения этой проблемы они переносили на судебную практику, выдвигая в качестве критериев разграничения должностных лиц и иных служащих, характер и содержание определенной деятельности, признаки которой должны быть указаны в законе²². Исходя из законодательных формулировок, они относили к субъектам преступлений по должности тех лиц, которые исполняли государственные или общественные обязанности в силу инвеституры, данной им от государства или общественных учреждений. При этом считалось, что не имеет существенного значения ранг лица, занимает ли он штатную или внештатную должность, выполняет ли он свои обязанности постоянно или временно, по назначению или найму, бесплатно или за вознаграждение²³. Специально обращалось внимание на то, что субъектом названных посягательств может быть лицо, находящееся на службе общественной. «Под последнюю, – писал С. В. Познышев, – разумеется служба в сословных, городских, земских или волостных учреждениях, на таких местах, которые учреждены законом в значении должностей»²⁴. Вместе с тем отмечалось, что необходимо отличать названный вид службы от частной служебной деятельности.

Так, А. Лохвицкий полагал, что «члены правления акционерного общества могут брать деньги для совершения чего-либо должного или не должного, но это... не преступление взятничества». Последнее рассматривается одним из преступлений по должности потому, «что лицо берущее облечено правительственным характером, который уничтожает действительную свободу отношений, и что принятием взятки компрометируется правительство»²⁵. Признавалось, что в некоторых случаях юридическое качество субъекта названных преступлений может быть связано и с частной деятельностью, когда осуществление последней приобретает особое общественное значение. Поэтому, например, служащие частных банков рассматривались в качестве возможных субъектов должностных преступлений²⁶.

Необходимо отметить, что при рассмотрении на практике дел этой категории возникали значительные трудности в квалификации, допускалось большое количество судебных ошибок²⁷.

На страницах различных юридических изданий конца XIX – начала XX в. появлялись довольно резкие высказывания относительно статей уголовного законодательства, предусматривающих ответственность за преступления, совершаемые служащими частных кредитных учреждений. Так, журнал юридического общества при Санкт-Петербургском университете, критикуя эти нормы, заявлял о полной несостоятельности законов, предусматривающих ответ-

²² См., напр.: *Есипов В. В.* Превышение и бездействие власти по русскому праву. СПб., 1892. С. 48; *Ширяев В. Н.* Указ. соч. С. 230; и др.

²³ См., напр.: *Неклюдов Н. А.* Руководство к Особенной части русского уголовного права. СПб., 1887. С. 83.

²⁴ *Познышев С. В.* Особенная часть русского уголовного права // Сравнительный очерк важнейших отделов Особенной части старого и нового Уложений. 3-е изд., испр. и доп. М., 1912. С. 203.

²⁵ *Лохвицкий А.* Курс русского уголовного права. СПб., 1867. С. 406.

²⁶ Об этом см.: *Кенигсон А. В.* Проступки и преступления по службе государственной и общественной. Ташкент, 1913. С. 251–258.

²⁷ См., напр.: *Бутлеров И. Н.* Еще о харьковском крахе // Русские ведомости. 1903. 30 мая; *Белов В.* Дело харьковских банков // Судебная газета. 1904. № 13; *Снегирев Л. Ф.* Дело харьковских банков. М., 1904. С. 140–245; По делу о злоупотреблениях в Екатеринбургском коммерческом банке. (Последнее слово подсудимого). Париж, 1904.

ственность за «отступления в ведении многосложного и крайне подвижного банковского хозяйства»²⁸.

Так, например, должностные лица частных банков за преступления и нарушения своих обязанностей, указанных в ст. 1154 и 1155 Уложения 1845 г. (в ред. 1885 г.), подлежали уголовной ответственности, определяемой в подобных случаях для должностных лиц, состоящих на службе государственной или общественной, однако подобное уравнивание не относилось к преданию их суду, которое осуществлялось в общем, а не в должностном порядке.

Уголовные дела в отношении служащих частных банков и акционерных обществ, злоупотребивших полномочиями по службе, возбуждались независимо от решений общих собраний этих организаций²⁹. Институт административной гарантии, действовавший при инициации уголовного преследования против должностных лиц, состоящих на государственной и общественной службе, в таких случаях не применялся. Такое законодательное решение объяснялось тем, что в сфере государственной и общественной службы данный институт служил реальной гарантией обеспечения независимости чиновников и должностных лиц, прежде всего, от давления общественного мнения³⁰, в то время как распространение административной гарантии в область частной службы ущемляло бы права неопределенного круга лиц, так как «в правильной деятельности и успехе таких учреждений заинтересовано целое общество»³¹, а должностные лица частных кредитных учреждений и торговых обществ не заинтересованы в огласке негативных сторон своей деятельности. Современное решение этого вопроса строится по абсолютно противоположному принципу, с использованием зеркальной аргументации³².

Исходя из буквального смысла норм об ответственности служащих частных кредитных учреждений и торговых обществ за злоупотребления и нарушения своих служебных обязанностей (ст. 1154 и 1155 Уложения о наказаниях), данные лица подлежали наказаниям наравне с должностными лицами правительственных и общественных учреждений лишь за преступления, означенные в этих нормах, в связи с чем превышение или бездействие власти или «нерадение лиц, служащих в частных банках, без преступной цели» не предусматривалось законодательством и не заключало в себе состава преступления или проступка, подлежащего уголовному преследованию, и не могло служить основанием для привлечения их к имущественной ответственности в уголовном порядке.

Уложение о наказаниях ни в ст. 1154–1157 («о нарушении постановлений о кредите»), ни в ст. 1198 и 1199 («о нарушении постановлений о торговых товариществах и компаниях») не давало никаких оснований для привлечения к уголовной ответственности должностных лиц частных акционерных обществ за «составление общих собраний из подставных акционеров и неправильную выдачу дивиденда», вследствие чего эти действия с точки зрения существовавшего уголовного закона также признавались ненаказуемыми³³.

Восполняя многочисленные погрешности Уложения 1845 г. (в ред. 1885 г.), кассационная практика выработала как бы дополнительный закон, в силу которого упомянутые ст. 1154 и 1155 могли иметь применение при наличии в инкриминируемом деянии трех признаков: «отступления от устава данного кредитного учреждения, ущерба для его имущества и злонамеренности виновного». Однако и он был мало способен оградить как интересы общества, так и привлекаемых к ответственности лиц. При действии этого порядка «с одной стороны,

²⁸ Хроника уголовного суда: дело о злоупотреблениях в Кременчугском коммерческом банке // Журн. юрид. общества при Императ. СПб. ун-те. Год 27-й. Книга 9. 1897. Ноябрь. Гл. VI. С. 147.

²⁹ См.: Решение уголовного кассационного департамента Правительствующего Сената. 1889 г. СПб., 1890. С. 92–93.

³⁰ См.: Уголовное уложение. Отзывы ведомств на проект редакц. комиссии. Т. 9. СПб., 1897. С. 30–32.

³¹ Таганцев Н. С. Уголовное уложение 22 марта 1903 г. СПб., 1904. С. 839.

³² См.: Мишкова А. М. Указ. соч. С. 20.

³³ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. Изд. 1885 г. по прод. 1912 г. / Сост. В. В. Волков. СПб., 1914. С. 642–643.

открывался широчайший простор и полная безнаказанность для самых отчаянных спекуляций и авантур, предпринимавшихся во имя личной корысти и с вопиющими отступлениями от устава, лишь бы только они увенчались успехом; с другой же, всякое маловажное отступление от буквы устава, оканчивавшееся неудачей, должно было влечь за собой применение суровых определений ст. 1154 и ст. 1155 Уложения о наказаниях, так как всякую банковскую операцию можно было свести к злонамеренной; если понимать это неопределенное выражение в смысле личного интереса, то нельзя отрицать, что в любом действии руководителя банка можно было усмотреть, по крайней мере, стремление путем той или иной спекуляции доставить себе выгоду, так как от успеха дел банка зависел и его личный успех». Юристы обращали внимание и на иные положения ст. 1154 и 1155 Уложения 1845 г. (в ред. 1885 г.), которые не согласовывались с другими нормами этого закона³⁴.

Следует отметить, что не все должностные лица частных кредитных установлений, согласно Уложению о наказаниях, несли уголовную ответственность наравне с государственными служащими. Так, лица, состоявшие на службе в учреждениях мелкого кредита, «за преступные деяния, совершаемые ими по делам сих учреждений», преследовались по общему правилу, в обычном, а не в должностном порядке³⁵.

Вместе с тем практика признавала возможными виновниками должностных преступлений и таким образом приравнивала к должностным лицам государственного аппарата, например, уполномоченных ярмарочного купечества³⁶ надсмотрщиков винокурных заводов и председателей конкурсных управлений, волостных писарей и письмоводителей станowych приставов³⁷ амбарных и магазинных комиссаров за «всякое нарушение закона или упущения по возложенным на них обязанностям» (ст. 1286), браковщиков за лихоимство (ст. 1300–1302), членов ремесленных и цеховых управ за «упущения и злоупотребления по исправлению должностей» (ст. 1370). К должностным лицам, состоящим на государственной службе, приравнивались вольнопрактикующие врачи, нотариусы, сторожа лесов, назначенные по найму; к таковым относились также и вольнонаемные продавцы или служащие по казенной продаже питей, которые хотя и не пользовались правами государственной службы, но в силу ст. 1162 Уложения о наказаниях за преступления и проступки по службе подвергались ответственности в порядке и на основаниях, установленных для лиц, состоящих на государственной службе³⁸.

Противоречивость подходов выражалась в том, что в одних случаях некоторые категории служащих признавались должностными лицами (например, служащие на частных железных дорогах, артельщики), в других же – не считались таковыми (например, инженеры путей сообщения, занимающие должности на частных железных дорогах)³⁹. При сравнении списка лиц, относимых к должностным, с перечнем лиц, которых судебная практика должностными лицами не признавала, нетрудно усмотреть отсутствие твердого критерия, которым бы она руководствовалась.

Таким образом, с точки зрения Уложения о наказаниях и судебной практики, возможными субъектами преступлений по должности являлись или специально указанные в самом тексте закона должностные лица, или лица, приравниваемые к должностным в силу характера отправляемых ими обязанностей. На этой же точке зрения первоначально стояла и правитель-

³⁴ См.: Хроника уголовного суда: дело о злоупотреблениях в Кременчугском коммерческом банке. С. 147–148.

³⁵ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных / Сост. В. В. Волков. СПб., 1914. С. 644.

³⁶ См.: *Ширяев В. Н.* Указ. соч. С. 212.

³⁷ См.: Преступления государственные (политические, против порядка управления и по службе) // Записки по уголовному праву. Киев: Южнорус. книгоизд-во, 1904. С. 36.

³⁸ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. / Под ред. Н. С. Таганцева. 13-е изд., пересмотр. и доп. СПб., 1908. С. 332–338.

³⁹ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных / Сост. В. В. Волков. СПб., 1914. С. 277–279.

ственная комиссия по составлению проекта нового Уголовного уложения 1903 г.⁴⁰ однако под влиянием практических потребностей уголовной юстиции комиссии пришлось отказаться от своего первоначального плана и внести соответствующее определение «служащего» в текст Уложения, которое с некоторыми изменениями вошло и в окончательную редакцию закона. Часть 4 ст. 636 гл. 37 «О преступных деяниях по службе государственной и общественной» Уголовного уложения определяла: «Служащим почитается всякое лицо, несущее обязанности или исполняющее временное поручение по службе государственной или общественной, в качестве должностного лица, или полицейского, или иного стража или служителя, или лица сельского или мещанского управления».

Согласно данному определению, должностные лица составляли лишь часть содержания понятия «субъектов преступлений по должности», которыми могли быть:

а) должностные лица, т. е. чиновники, входящие в состав правительственных или общественных установлений в качестве представителей власти;

б) полицейские или иные стражи, или служители, или лица сельского или мещанского управления – так называемые служащие низшего порядка, которые, как правило, не имели подчиненных по службе людей;

в) кроме того, рамки понятия «субъект преступлений по должности» охватывали также напрямую указанных в законе лиц, которые не были перечислены в этом определении, как-то: присяжные заседатели, третейский судья и др.

Здесь хотя и была достигнута некоторая упорядоченность, но всех проблем, стоящих перед уголовной доктриной и правоприменительной практикой, это не решило, так как приведенное определение не выделяло основных критериев отграничения субъектов должностных преступлений от иных служащих (в том числе лиц, исполняющих управленческие функции в коммерческих и других организациях), а лишь группировало разбросанных ранее в различных статьях Уложения о наказаниях лиц под разнообразными наименованиями в рамках более широких, родовых понятий. Ввиду того, что закон умалчивал, кого конкретно из несущих постоянные или исполняющих временные обязанности по службе государственной или общественной надлежит считать должностным лицом, наиболее сложный вопрос оставался без ответа, предоставляя разрешать его судебной практике, которая, по свидетельству дошедших до нас документов, была далеко не безупречна⁴¹

С. В. Познышев отмечал, что «и с логической стороны, определение это вряд ли выдержит критику, так как определяет служащего как должностное лицо, а значит, вводит в определение под другим названием то же понятие. А говорить альтернативно о должностном лице или о полицейском страже, значит, вызывать справедливый упрек: что же, разве чины полицейской

⁴⁰ Стимулом к началу разработки Уголовного уложения 1903 г. послужили происшедшие со времени принятия Уложения 1845 г. и ставшие особенно очевидными в 70-е годы XIX в. перемены государственных и общественных условий жизни России, следствием которых явились, по мнению редакционной комиссии, готовившей проект нового Уложения, «несоответствие и неполнота законов, охраняющих государственный и общественный строй» (Уголовное уложение с изложением расуждений, на коих оно основано. СПб.: Изд-во Го с. Канцелярии, 1910. С. 22). Редакционная комиссия отметила, в частности, факт отмены крепостного права и связанные с ней изменения прав и условий юридической жизни многомиллионного крепостного населения (Российское законодательство X–XX веков. Т. 9: Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. М.: Юридическая литература, 1994. С. 247). Комиссия полагала также, что весьма значительный, по ее оценке, интеллектуальный и экономический рост страны «вызвал совершенно новые сложные юридические отношения, создавал ряд новых интересов – частных, общественных, государственных, требующих государственной охраны и защиты, путем наложения соответствующих взысканий на лиц, посягающих на эти интересы» (Журнал Министерства юстиции. 1895. № 7. С. 51).

⁴¹ В числе актуальных вопросов уголовной ответственности должностных лиц за преступления по должности был вопрос об их подсудности. До 1889 г. они находились в юрисдикции суда присяжных, после чего было принято решение об их передаче суду сословных представителей (см.: *Гущева Н. В.* Указ. соч. С. 25). Следствием данных изменений стало усиление безответственности и безнаказанности должностных лиц. По свидетельству А. Ф. Кони, в период с 1906 по 1911 г. репрессия была все слабее, служебные же преступления не уменьшались, а, напротив, увеличивались (см.: *Кони А. Ф.* Должностные преступления и суд присяжных заседателей // Вестник права. 1916. № 49. С. 1184).

стражи не должностные лица? Их положение на лестнице служебной иерархии невысоко, но они все же должностные лица»⁴²

Таким образом, вышеуказанное определение не давало исчерпывающего толкования понятия «должностное лицо». Тем не менее оно было шагом вперед по сравнению с Уложением о наказаниях, в котором, как уже отмечалось, подобного определения не было вовсе.

Необходимо отметить, что анализ положений ст. 639–641 гл. 37 «О преступных деяниях по службе государственной и общественной» Уголовного уложения 1903 г. свидетельствует об установлении уголовной ответственности служащего за ненадлежащее выполнение или невыполнение возложенных на него законом, или поручением, или свойством службы обязанностей предупреждать или пресекать вред, угрожающий «порядку управления или казенному, общественному или частному интересу», если «виновный не принял, вопреки своей служебной обязанности, мер или не учинил действия, коими такой вред мог быть предупрежден или пресечен, за сие бездействие власти, если оно учинено умышленно или если оно учинено по небрежности и от него последовал важный вред для порядка управления или для казенного, общественного или частного интереса» (ст. 639). Статьи 640 и 641 предусматривали уголовную ответственность служащего за непринятие, вопреки его служебной обязанности, мер по обнаружению, объявлению и приведению в действие закона или иного высочайшего повеления, обязательного постановления, если от этого последовал важный вред для порядка управления или для казенного, общественного или частного интереса⁴³

Наряду со статьями главы «О преступных деяниях по службе государственной и общественной», Уголовное уложение содержало нормы об ответственности некоторых категорий лиц, занимающих должностное положение, которые располагались в других главах этого источника. Так, ст. 200–203 устанавливали применение мер уголовно-правового воздействия к управляющим аптек и других фармацевтических учреждений за различного рода должностные «нарушения постановлений, ограждающих народное здравие»; в соответствии со ст. 312–323 заведующие банковских учреждений могли быть привлечены к ответственности за некоторые «нарушения постановлений о надзоре за промыслами и торговлею»; в ст. 364–366 определялись вопросы ответственности заведующих заводом, фабрикой, промыслом, ремесленным заведением или их заместителей за те или иные нарушения постановлений о личном найме и охране труда и др.

Таким образом, Уголовное уложение, предусматривая в разных главах Особенной части нормы, определяющие ответственность за отдельные виды преступлений по службе, ограничивало их от деяний по службе государственной и общественной. Такой дифференцированный подход, видимо, не был случайным. Он определялся в значительной мере характером нарушенных должностных обязанностей, а следовательно, был обусловлен и спецификой процесса причинения конкретных видов вреда, и содержательной сущностью наступивших последствий.

Кроме того, из соответствующих нормативных положений со всей очевидностью вытекало, что не всякий служащий мог быть субъектом преступлений по службе государственной или общественной. Виновными в преступлениях по должности признавались только лица, «ставшие, вследствие порученного им участия в государственном управлении, в особые юридические отношения как к государственной власти, делегировавшей им власть, так и к гражданам, подчиненным управлению»⁴⁴ При этом не имело значения, были ли они служащими по назначению правительства или органов общественного управления, занимали должности по

⁴² Познышев С. В. Особенная часть русского уголовного права // Сравнительный очерк важнейших отделов Особенной части старого и нового Уложений. 2-е изд., испр. и доп. М., 1909. С. 474.

⁴³ См.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 135; Уголовное уложение 1903 г. с приложениями. Рига, 1922. С. 292–293.

⁴⁴ См.: Уголовное уложение 22 марта 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 969; см. также: Ширяев В. Н. Указ. соч. С. 565.

выбору или по найму. Главное, что определяло особенности уголовного преследования, это нарушение не всякого, а только определенного рода служебных обязанностей, возложенных на виновного, и наступление в силу этого соответствующего вреда. Поэтому лица, выполняющие какие-либо служебные обязанности, но не состоящие на службе государственной и общественной, не рассматривались в качестве субъектов преступлений, нормы об ответственности за которые предусматривались гл. 37 Уголовного уложения.

Редакционная комиссия по подготовке Уголовного уложения 1903 г. в своей пояснительной записке указывала, что «под понятие „служащего“ не подойдут лица, производящие или совершающие что-либо, хотя бы и для государства или общества, но когда на них возлагается не деятельность в порядке управления, а осуществление частных поручений собственников или предпринимателей или контрагентов: таковы все случаи обращения государства к услугам поставщиков, подрядчиков, строителей, перевозчиков, рабочих, арендаторов и т. п., ибо во всех этих случаях вместо даваемого в порядке управления полномочия, или, по крайней мере, вместо определения в таком порядке обязанностей или рода деятельности виновного, взаимные отношения государства и его уполномоченных определяются соглашением или договором, каковой и должен быть оцениваем и выполняем не на основании законов о службе, а на основании постановлений о договорах вообще и в частности о договорах с казною»⁴⁵

Исходя из сказанного выше, мы приходим к выводу, что, различая «специальные служебные преступления» (преступления по должности) и преступления служащих в частных коммерческих организациях, дореволюционные юристы не считали целесообразным уравнивать последних с лицами, состоящими на службе государственной или общественной. Также не видели они необходимости выделять деяния, совершаемые указанной категорией лиц, в отдельную главу, раздел (или как-то иначе) ввиду отсутствия какого-либо особого правоохраняемого объекта, возникающего при совершении подобного рода преступлений. Поэтому служащие коммерческих организаций (в том числе лица, отправляющие в них свои управленческие функции) в соответствии с Уложением о наказаниях и Уголовным уложением несли ответственность при наличии к тому оснований лишь за общие преступления – злоупотребление доверием, мошенничество и пр.

Так, согласно ст. 1198 Уложения о наказаниях, члены основанных с дозволения правительства обществ, товариществ или компаний, которые с умыслом употребят ко вреду общества, товарищества или компании данное им от них уполномочие или доверие, подвергались наказанию, определенному за мошенничество (см. также ст. 1193, 1199 указанного источника). В других случаях служащие коммерческих и иных организаций отвечали за различные виды преступлений, связанных со злоупотреблением доверием.

Уложение 1845 г. (в ред. 1885 г.) помещало постановления о злоупотреблении доверием в разных отделах, не объединяя их ни по конструкции, ни по репрессии, вследствие чего они носили крайне дробный, казуистический характер. Основная масса норм, предусматривающих ответственность за эти преступления, была сосредоточена в VIII разделе Уложения «О преступлениях и проступках против общественного благоустройства и благочиния». К ним, в частности, относились:

- 1) злоупотребление полномочием, данным лицу по торговле (ст. 1186, 1188, 1190–1192);
- 2) действия приказчиков или сидельцев, т. е. лиц, ведущих торговлю от имени и за счет своего хозяина, состоявшие: а) в производстве торга чужими или собственными товарами без разрешения хозяина (ст. 1186); б) в продаже без письменного разрешения хозяина товара в убыток, т. е. ниже цены, ему назначенной (ст. 1188); в) в ложных представлениях и счетах, подаваемых хозяину по отправлению вверенных им дел (ст. 1190).

⁴⁵ Уголовное уложение 22 марта 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 969.

Положения о приказчиках и сидельцах распространялись на детей купцов и других лиц, отдаваемых родителями или их родственниками в конторы и лавки для обучения торговле и бухгалтерии (ст. 1192), а также лиц, имеющих доверенность от купцов на производство торга и на управление их торговыми делами, «хотя и с званием лишь комиссионеров», за нарушение правил об отчетах, о сохранении и сбережении товаров, «о несоблюдении выгод их доверителей и об ограждении их от убытков» (ст. 1193)⁴⁶ Профессор А. Н. Трайнин, комментируя положения указанных норм, отмечал, что «в них с большой последовательностью совершается метаморфоза: превращение неправильных действий служащего в отношении хозяина в посягательство на публичный интерес, в уголовное деяние»⁴⁷

3) нарушения полномочий со стороны чиновников, которым вверена охрана казенного или частного имущества, а также со стороны служащих в государственных, общественных и частных учреждениях кредита⁴⁸

4) нарушения полномочий со стороны браковщиков, наносящие ущерб хозяину имущества, подлежащего бракованию, а также со стороны биржевых и корабельных маклеров, биржевых нотариусов, аукционистов и других лиц, которым вверено ограждение чужого имущественного интереса (ст. 1287, 1290, 1322–1325, 1329, 1330, 1341, 1343)⁴⁹ и др.

Под злоупотреблением доверием понималось умышленное причинение вреда чужому имущественному интересу, охрана которого лежала на виновном, «посредством заведомо несогласных с имуществом установленной обязанности распоряжений о чужом имуществе или вообще посредством превратного пользования правами, из такой обязанности вытекающими»⁵⁰.

К злоупотреблению доверием, прежде всего, относилось злоупотребление полномочием, полученным по договору доверенности. Это злоупотребление явилось как бы прототипом данного преступления, куда постепенно вошли: злоупотребления по службе и опеке; затем, вместе с возложением публичных функций и на других частных лиц, кроме опекунов, – также злоупотребления администраторов и кураторов вверенного имущества, аукционистов, биржевых маклеров, ценовщиков, браковщиков и прочих лиц, которым распоряжением власти поручалось ограждение чужих имущественных интересов, и, наконец, злоупотребления служащих в благотворительных, а также в акционерных или кредитных установлениях.

Субъектом злоупотребления доверием могло быть только лицо, которому по закону или по договору принадлежали право и обязанность распоряжаться чужим имуществом, наблюдая за ним и охраняя в интересах собственника⁵¹ Таким образом, требовалась наличность особых отношений между потерпевшим и виновным для того, чтобы последний мог быть субъектом данного преступления; поэтому, например, обыкновенные частные отношения хозяина к съемщику помещения, слуги к господину или хозяину для этого были недостаточны⁵²

⁴⁶ См.: *Белогриц-Котляревский Л. С.* Учебник русского уголовного права: Общая и Особенная части. Киев, 1903. С. 450.

⁴⁷ *Трайнин А. Н.* Уголовное право. Часть Особенная. Преступления против государства и социального порядка. М.: НКЮ РСФСР, 1927. С. 8.

⁴⁸ Наказание за такие нарушения определялись как за повреждение чужого имущества, мошенничество, подлог и т. п. (ст. 353, 435, 438, 477, 482, 484, 485, 493, 495, 496, 498–501, 1154, 1155).

⁴⁹ См.: *Белогриц-Котляревский Л. С.* Указ. соч. С. 450.

⁵⁰ См.: *Белогриц-Котляревский Л. С.* Указ. соч. С. 447.

⁵¹ Профессор И. Я. Фойницкий отмечает, что законодательства некоторых зарубежных стран конца IX – начала XX в. содержали определение субъекта злоупотребления доверием непосредственно в самом тексте закона. Так, в § 277 германского Уложения 1909 г. было закреплено следующее его понятие: субъект злоупотребления доверием – это лицо, коему в силу закона или правом сделки предоставлено полномочие распоряжаться чужим имуществом (см.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные. 7-е изд., доп. и испр. А. А. Жижиленко. Пг.: Изд-во юрид. общества при Петрогр. ун-те, 1916. С. 358).

⁵² См.: *Фойницкий И. Я.* Указ. соч. С. 357.

Дореволюционные юристы разделяли простое и квалифицированное злоупотребление доверием. К простому относилось нарушение полномочий физических лиц, к квалифицированному – нарушение полномочий юридических лиц, как установлений государственных, общественных, так и частных (банков, акционерных компаний, товариществ и т. п.). Считалось, что квалификация последнего вида нарушения полномочий оправдывается особым положением виновных как органов представителей общественных, публичных, с одной стороны, обязанных строго соблюдать свои полномочия ввиду внушаемого ими доверия множеству лиц, а с другой – способных причинить большой общественный вред как самим установлениям, так и обращающейся к ним и доверяющей им публике⁵³

Уголовное уложение 1903 г. дробные и казуистические постановления о злоупотреблении доверием Уложения о наказаниях значительно упорядочило и привело в систему. Нормы, предусматривающие ответственность за эти преступления, были сосредоточены в гл. 31 «О необъявлении о находке, присвоении чужого имущества и злоупотреблении доверием» (ст. 577–580). При этом под злоупотреблением доверием понималось злоупотребление полномочием или властью по имуществу, властью, предоставленной субъекту для соблюдения чужих имущественных интересов, независимо от того, лежит ли в основании такой власти частное соглашение или закон, поручение правительства или положения, определяющие службу в акционерных либо иных установлениях⁵⁴

В соответствии с Уголовным уложением содержание злоупотребления доверием составляла не моральная обязанность быть верным своему слову или своему обещанию, ни даже юридическая обязанность к исполнению существующего обязательства по имуществу, а особо установленная договором или законом обязанность поступать добросовестно в определенной области⁵⁵ «Нарушить доверие, значит, не только не оправдать надежды на добросовестное исполнение обещания, но совершить действия, противоречащие особо установленной для виновного, в силу заключенного им юридического отношения, обязанности по опеке чужого имущества, которому взамен того и через употребление во зло принадлежавшей виновному над ним власти, причиняется вред»⁵⁶ – отмечалось в пояснительной записке редакционной комиссии по подготовке Уголовного уложения 1903 г.

Считалось, что состояние виновного на частной службе по найму не устанавливает само по себе между ним и нанимателем такого отношения, которое должно быть ограждено в обязательном порядке постановлением о злоупотреблении доверием. Напротив, служба государственная, общественная или в основанных с разрешения правительства установлениях благотворения, кредита, акционерных обществах или товариществах на паях создавала для виновного определенное положение, возбуждающее к нему доверие третьих лиц в силу самого факта занятия им определенной должности. Обычно она основывалась на законе или письменных актах, сила и значение которых были не меньше, чем письменное поручение, возлагающее обязанность иметь попечение об имуществе или имущественном интересе. Поэтому такая служба не только сравнивалась с отношениями по доверенности, опеке или письменному поручению, но даже ставилась несколько выше их, и злоупотребление служебным положением во вред чужому имуществу определялось как тяжкий вид злоупотребления полномочием.

В соответствии со ст. 578 посяательства против чужого имущества со стороны должностных лиц, призванных по службе к его хранению, наблюдению или попечению за ним, могли состоять или в присвоении, или в похищении, или в злоупотреблении полномочием, предоставленным виновному по службе. Все эти деяния соединялись в одной статье отчасти потому,

⁵³ См.: Белогриц-Котляревский Л. С. Указ. соч. С. 449–450.

⁵⁴ См.: Уголовное уложение 22 марта 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 834.

⁵⁵ См.: Романцов В. А. Уголовная ответственность за причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием (уголовно-правовые вопросы): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 10.

⁵⁶ См.: Уголовное уложение 22 марта 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 833.

что в них имелось полное тождество субъекта и значительное сходство по предмету посягательства, отчасти ввиду назначения за них одинаковых наказаний при идентичной системе смягчающих и отягчающих вину обстоятельств, отчасти, наконец, для облегчения судебной практики, так как точное разграничение одних предусматриваемых данной нормой преступлений от других иногда представлялось весьма затруднительным.

Правительственная комиссия по составлению проекта Уголовного уложения 1903 г. указывала, что «преступная деятельность должностных лиц против доверенного попечению их имущества подлежит наказанию не как посягательство против достоинства официальной власти, а как крайне опасное для общества посягательство против чужого имущества. Поэтому, не ограничиваясь службою правительственной, закон распространяет наказуемость на отношения как по службе общественной, например, по городскому и земскому самоуправлению, по выборам сословным, так даже и по службе в таких установлениях, которые, основываясь не иначе как по особому каждый раз разрешению правительства, представляются обыкновенно складами общественного достояния, весьма значительному или даже неопределенному числу лиц принадлежащего»⁵⁷ Отмечалось, что в правильной деятельности и успехе таких установлений заинтересовано все общество, поэтому на лиц, поступающих на службу, должна быть в большей степени возложена обязанность правдивой и добросовестной деятельности. Принятие должности в таком учреждении сравнивалось с получением доверенности от каждого члена общества, обращающегося к нему. Злоупотребление должностью считалось равносильным злоупотреблению доверенностью, а присвоение и похищение имущества их должностными лицами – преступлением, столь же тяжким и опасным для общества, как присвоение или похищение имущества должностными лицами, состоящими на службе правительственной или общественной.

К числу таких установлений относились те, которые были основаны и действовали с разрешения правительства, т. е. на основании особо утвержденного правительством устава. Кроме того, учитывая, что в ст. 578 Уголовного уложения предусматривались не простые, а квалифицированные виды посягательств против имущества, вверенного по должности, в данной норме из общей массы установлений, учрежденных с разрешения правительства, были выделены лишь наиболее важные – благотворительные и кредитные установления, товарищества на паях и акционерные общества или товарищества по участкам. Все остальные сравнивались не с правительственной или общественной службой, а с частными договорными отношениями⁵⁸

Субъектом преступления в соответствии с рассматриваемой статьей могло быть только должностное лицо, состоящее на правительственной или общественной службе, а также в указанных установлениях; «этим отсюда выделяются как лица, совершенно посторонние установлению, так и те, которые не занимают в нем никакой должности, состоя лишь служащими»⁵⁹.

Что касается вопроса, кто именно должен нести имущественный вред от злоупотребления должностным положением, то здесь он ставился несколько иначе, чем при злоупотреблении полномочием по доверенности, опеке или письменному поручению. При злоупотреблении полномочием требовалось «тождество доверившегося виновному и потерпевшего». При злоупотреблении должностным положением потерпевшим в равной степени должно было быть то ведомство или установление, где виновный состоял на службе. Помимо этого, вред мог быть нанесен и лицам, имущество и имущественный интерес которых находились на попечении такого ведомства или установления, «ибо последние заменяют и представляют первых». Естественно, что чем больше лиц, интересы которых были возложены на попечение данных установлений, тем шире становится круг тех, кого можно было признать потерпевшими от злоупо-

⁵⁷ Уголовное уложение. Проект редакционной комиссии и объяснения к нему. Т. VII. Гл. 28–34. СПб., 1897. С. 251.

⁵⁸ См.: Уголовное уложение 22 марта 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 839.

⁵⁹ См.: Уголовное уложение 22 марта 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 840.

требления служебным положением. Вместе с тем отмечалось, что служебные полномочия «не могут направляться против интересов тех, о которых ведомство или установление, где виновный состоит на службе, не обязано никаким попечением, и посягательства против таких интересов должны быть обслуживаемы на основании других начал»⁶⁰.

При злоупотреблении должностным положением преступная деятельность могла выражаться «во всех вообще распоряжениях и действиях, предпринимаемых виновным в качестве должностного лица, под прикрытием звания, власти или положения, которыми он был облечен». При этом не требовалось, чтобы виновный превысил предоставленную ему власть или совершил что-либо вопреки наставлениям или инструкциям, которым он должен был следовать. По Уголовному уложению, злоупотребление доверием есть общее, а не специально служебное преступление, поэтому виновный подлежал ответственности при умышленном причинении другому лицу вреда, даже если бы он действовал в формальных пределах предоставленной ему власти⁶¹.

Наказуемость по ст. 579 Уложения 1903 г., также предусматривавшей ответственность за злоупотребление доверием, была ограничена лицами, принявшими на себя особую обязанность ограждать имущественные интересы общества и «действиями своими нарушившими доверие, которым они были облечены». В соответствии с комментариями к этой статье «таковы не только и даже не столько члены общества, а главным образом лица, заведующие и распоряжающиеся делами его и наблюдающие за ними по избранию общего собрания, по поручению правления общества, или по назначению от правительства. Имея в своих руках дело всего предприятия или значительной его части, они располагают и многочисленными способами для злоупотребления». Отмечалось также, что «опыт в достаточной степени показал, что, главным образом, со стороны своих должностных лиц, каковы их председатели, члены правления, совета, учетных комитетов, наблюдательных и ревизионных комиссий, ликвидаторы, казначеи, секретари правлений и советов и иные лица, общества терпят потери наиболее значительные, между тем как деятельность единичных и частных лиц, не состоящих в администрации общества, в полной мере обнимается общими постановлениями законодательства, за исключением лишь редких случаев»⁶².

Что касается остальных служащих, то, будучи подчиненными и не имея полномочий и средств распоряжаться имуществом означенных установлений, они не могли быть субъектами этого преступления.

В пояснительной записке редакционной комиссии к Уложению 1903 г. говорилось, что «уголовный закон вообще может предусмотреть лишь важнейшие, наиболее опасные для общества случаи, предоставляя по необходимости борьбу с менее важными правонарушениями частью предусмотрительности потерпевшего, частью распорядительной и дисциплинарной власти самих обществ и установлений, располагающих мерами контроля над своими должностными лицами и правом лишать их полномочий, умышленно или неумышленно во зло употребленных». Поэтому в ст. 579 упоминались только заведующие или распоряжающиеся делами.

Кроме норм о злоупотреблении доверием, Уголовное уложение содержало еще ряд статей, субъектами которых могли быть служащие коммерческих и иных организаций, в том числе лица, выполняющие в них управленческие полномочия. Законодатель распределил их по разным главам указанного источника (например, гл. 16 «О нарушении постановлений о надзоре за промыслами и торговлею», гл. 33 «О мошенничестве» и др.).

⁶⁰ См.: Уголовное уложение 22 марта 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 841.

⁶¹ См.: Сарницкий С. Н. Уголовная ответственность за злоупотребление полномочиями в коммерческих организациях: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 36.

⁶² См.: Сарницкий С. Н. Уголовная ответственность за злоупотребление полномочиями в коммерческих организациях: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 844.

Почти все эти нормы носили бланкетный характер. Таким образом, при совершении того или иного преступления правоприменителю нужно было точно установить, какой именно пункт тех или иных правил, того или иного постановления или устава нарушен. Это создавало дополнительные трудности. Тем не менее, Уложение 1903 г. было во многом прогрессивнее предшествующего ему Уложения о наказаниях 1845 г. (в ред. 1885 г.). В нем была значительно упрощена система построения уголовного законодательства, сократилось количество статей, было сформулировано и закреплено определение должностного лица.

Однако Уложение 1903 г. так и не было введено в действие. Известные преобразования революционного характера прервали развитие капиталистических отношений в России. В 1917 г. все законы царского правительства были отменены. Между тем некоторые из них, в том числе и отдельные положения прежнего уголовного законодательства, продолжали действовать, если они не противоречили революционной совести и революционному правосознанию.

Выводы

Во-первых, ни Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.), ни Уголовное уложение 1903 г. не содержали самостоятельных разделов или глав о преступлениях, совершаемых служащими коммерческих и иных организаций.

Во-вторых, развитие уголовно-правовых норм об ответственности за злоупотребление полномочиями по службе в структурах частной службы началось в рамках преступлений, посягающих на интересы государственной и общественной службы⁶³

В-третьих, проведенный исторический анализ норм об ответственности служащих коммерческих и иных организаций досоветского периода позволяет выделить два этапа их развития: а) на первом этапе в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.) были криминализованы отдельные формы злоупотребления доверием служащими коммерческих и иных организаций: злоупотребление полномочием, данным лицу по торговле (ст. 1186, 1188, 1190–1192); нарушения полномочий со стороны чиновников, которым вверена охрана казенного или частного имущества, а также со стороны служащих в государственных, общественных и частных учреждениях кредита (ст. 353, 435, 438, 477, 482, 484, 485, 493, 495, 496, 498–501, 1154, 1155); злоупотребления членов торговых обществ, товариществ и компаний (ст. 1198). Данные преступления размещались в разных отделах и носили крайне дробный и казуистический характер; б) на втором этапе в Уголовном уложении 1903 г. различные формы злоупотребления доверием трансформировались в единый состав злоупотребления служебным положением в благотворительных и кредитных установлениях, обществе взаимного страхования, товариществе на паях или акционерном обществе.

§ 2. Уголовная ответственность за преступления, совершаемые управленческим персоналом коммерческих и иных организаций, в годы нэпа и последующий советский период

Октябрьская революция 1917 г. ознаменовала собой смену экономических формаций в России. В связи с этим в нашей стране стали предприниматься меры переходного периода от капитализма к социализму. Вначале это была экономическая политика, получившая название «военного коммунизма», которая проводилась в период гражданской войны с 1918 по 1920-е гг. Характерными чертами такой политики являлись меры по национализации всей крупной и средней промышленности, большей части мелких предприятий, централизация руководства

⁶³ См., напр.: Федоров В. В. Уголовно-правовая характеристика злоупотребления полномочиями в коммерческих и иных организациях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 7.

промышленным производством и распределением, продразверстка, плановое снабжение населения товарами (карточная система), запрещение частной торговли.

На смену «военному коммунизму» пришла новая экономическая политика (нэп), которая начала осуществляться в 1921 г. Ее главная черта – при сохранении государственного управления народным хозяйством допущение некоторого развития капиталистических элементов. Например, была разрешена частная торговля, существовали мелкие частные предприятия, допускался государственный капитализм в виде концессий, аренды мелких промышленных предприятий и земли под строгим контролем государства, осуществлялись другие меры переходного периода. Государство при этом строго контролировало и регламентировало деятельность нэпманов, усиливало их налоговое обложение и устанавливало ответственность за иные нарушения их служебной деятельности⁶⁴. Безусловно, столь кардинально иное развитие русской государственности не могло не отразиться на законодательстве и на правовой системе в целом.

В 1922 г., когда рынок, торговый оборот, коммерческий метод ведения дел приобрели большое значение в организации народного хозяйства, возникла необходимость в общей кодификации частных имущественных прав и закреплении их в едином документе. Таким документом стало майское постановление ВЦИК 1922 г. «Об основных частных имущественных правах», в котором был провозглашен принцип «все, что не запрещено, дозволено». Декларированные в постановлении имущественные права были детально развернуты в статьях Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.⁶⁵

Данный нормативный акт закрепил рыночные начала в правовом регулировании экономики. Он провозгласил существование в стране частной собственности наряду с государственной и кооперативной собственностью, признал за каждым гражданином РСФСР право «организовывать промышленные предприятия с соблюдением всех постановлений, регулирующих промышленную и торговую деятельность и охраняющих применение труда». Было признано, что в собственности частных предпринимателей могут находиться орудия и средства производства, а также любое иное имущество, не изъятое из оборота. Таким образом, в числе возможных объектов права частной собственности оказались торговые и промышленные предприятия, имеющие наемных рабочих в количестве, не превышающем норм, предусмотренных особыми законами⁶⁶.

В целом, экономическая ситуация тех лет во многом похожа на переживаемую нашей страной сегодня⁶⁷, поскольку тогда, как и сейчас, существовали различные *коммерческие* и *иные (некоммерческие)* организации.

Коммерческие организации в годы нэпа осуществляли свою деятельность в различных формах. Основными из них были аренда, кооперация и концессия. Все вместе это определялось как государственный капитализм, т. е. использование частного капитала под контролем государства.

Государство поощряло развитие кооперативов: в 1928 г. примерно 60–80 % товарооборота в обобществленной торговле в стране приходилось на кооперативный сектор и лишь 20–40 % – на государственный.

Удельный вес частной торговли составлял примерно 15 %. Кооперативные организации давали до 13 % всей промышленной продукции. Мелкие и средние предприятия было разре-

⁶⁴ См.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 135.

⁶⁵ См.: Исаев И. А. История государства и права России: Учеб. пособие. М.: ООО «ТК Велби», 2002. С. 222.

⁶⁶ См.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М.: Фонд «Правовая культура», 1995. С. 6.

⁶⁷ См., напр.: Ларичев В. Д., Спириш Г. М. Коммерческое мошенничество в России. Способы совершения. Методы защиты. М.: Экзамен, 2001. С. 74–75.

шено брать в аренду как государственным организациям, так и частным лицам, в том числе и их бывшим владельцам.

Небольшое количество государственных предприятий было денационализировано. Частным лицам разрешалось открывать собственные предприятия с общим числом работающих не более 20 человек. Одним из приоритетных направлений в годы нэпа являлось развитие концессий в добывающих и перерабатывающих отраслях – предприятий, действующих на основе договора между государством и иностранными фирмами.

В некоторых отраслях удельный вес концессионных и акционерных предприятий со смешанным капиталом достигал 85 % (например, производство марганцевой руды), однако общий объем производимой ими продукции не превышал 1 %.

Была создана сеть акционерных банков, среди акционеров которых были Госбанк, синдикаты, кооперативы, частные лица, включая иностранцев. В 1923 г. в РСФСР осуществляли свою деятельность 23 банка. К 1926 г. их количество возросло до 61⁶⁸.

К числу *некоммерческих организаций*, существовавших в годы нэпа, следует отнести различные общественные организации, которые представляли собой добровольные объединения граждан, преследовавшие общественно важные, совпадающие с государственными, цели. Таковыми, в частности, являлись:

- а) профсоюзы, Осоавиахим, МОПР и т. п.;
- б) различные объединения (например, по месту жительства – домкомы; по месту работы – фабричные и заводские комитеты);
- в) иные структурные образования, не преследующие в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли (например, учреждения).

Необходимо отметить, что, несмотря на имеющееся сходство отдельных элементов современной рыночной экономики России с некоторыми элементами ведения хозяйственной деятельности в годы нэпа, между ними имеется существенное различие. Оно состоит в том, что в годы нэпа частный сектор существовал с тенденцией его сокращения и дальнейшей ликвидации, теперь же экономические и политические меры направлены на его расширение и развитие. Вместе с тем даже с учетом этого фактора изучение опыта регулирования общественных отношений, возникающих в различных областях жизнедеятельности в условиях переходного периода, безусловно, является поучительным и полезным.

Для нас интересен, прежде всего, опыт регулирования уголовноправовых отношений, связанных с совершением преступлений служащими коммерческих и иных организаций, в частности выполняющих в указанных структурах управленческие функции. Вопросы квалификации таких деяний, проблема разграничения их с должностными преступлениями стояли тогда так же остро, как и сейчас.

Так, А. Р. Гюнтер отмечал, что иногда было «невозможно отделить и провести точную демаркационную линию между должностным лицом, являющимся активным субъектом публично-правового отношения, и должностным лицом, являющимся активным субъектом частноправового отношения»⁶⁹. Зачастую одно и то же лицо рассматривалось то как носитель публично-правовых функций, то как носитель функций чисто хозяйственных, частноправовых. Это было напрямую связано с решением вопроса о субъекте преступлений по должности⁷⁰.

⁶⁸ См.: Тимошина Т. М. Экономическая история России. М.: Филинь, 1998. С. 222–245.

⁶⁹ Гюнтер А. Р. Должностные преступления. Уголовный кодекс УССР и РСФСР / Под ред. М. Е. Шаргея, С. А. Пригова, Ю. П. Мазуренко. Вып. 5. Харьков: Наркомюст УССР, 1928. С. 3.

⁷⁰ Необходимо отметить, что в советский период развития уголовного законодательства злоупотребление полномочиями со стороны лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях, не рассматривалось более как специальный вид злоупотребления доверием со специфическим субъектным составом и способом выполнения объективной стороны, как это имело место в Уголовном уложении 1903 г. Однако это не означает, что подобные деяния в этот период были исключены из сферы уголовно-правовой охраны.

С первых лет существования Советской власти разработке проблем учения о должностных преступлениях уделялось большое внимание. В связи с особым значением, которое придавалось государству как органу диктатуры пролетариата, в теории уголовного права и судебной практике субъектами рассматриваемых деяний стали признавать всех служащих государственных учреждений и предприятий, включая и технический персонал.

Впервые законодательное определение субъекта преступлений по должности было дано в Декрете СНК РСФСР от 8 мая 1918 г. «О взяточничестве»⁷¹. Кроме лиц, являющихся государственными служащими, оно охватывало также членов фабрично-заводских, домовых комитетов, правлений кооперативов и профессиональных союзов, а также лиц, служащих в них. Сам же способ определения такого субъекта, продолжая традиции российского уголовного законодательства, сводился к перечислению родовых понятий служащих или иных лиц, без выделения критериев, на основании которых они причислялись к данной категории субъектов.

Более развернутое определение понятия должностного лица было дано в примеч. к ст. 105 УК РСФСР 1922 г., в соответствии с которым субъектами преступлений по должности «признавались лица, занимающие постоянные или временные должности в каком-либо государственном (советском) учреждении или предприятии, а также в организации или объединении, имеющие по закону определенные права, обязанности и полномочия в осуществлении хозяйственных, административных, просветительских и других общественных задач». Согласно данной формулировке должностные обязанности могли осуществляться:

а) в государственном (советском) учреждении (все равно, являлось ли оно органом центрального или местного управления);

б) в государственном предприятии – структурном образовании, которое занималось торговлей или промышленностью;

в) в таких организациях или объединениях, которые не являлись государственными учреждениями или предприятиями, но преследовали задачи, имеющие значение для всего государства в целом (например, в области хозяйства, просвещения, управления и др.). Сюда относились такие общественные организации, как профессиональные союзы, кооперативы и т. п.

Исходя из смысла указанного выше определения, занятие какой-либо должности в государственном или общественном учреждении, предприятии или организации выступало в качестве главного основания для отнесения того или иного субъекта к категории должностных лиц, так как деятельность указанных структур как части пролетарского государства целиком и полностью считалась подчиненной выполнению задач общегосударственного характера. Данное обстоятельство позволило распространить юрисдикцию уголовного закона на большинство общественно опасных деяний и должностных проступков по службе и работе, практически заменив и вытеснив нормы дисциплинарной ответственности.

В комментарии к УК РСФСР 1922 г. под редакцией М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина указывалось, что субъектом должностного преступления является лицо, «занимающее известную должность, то есть определенное место в общей машине государственного управления. Какова эта должность и какие права и обязанности с ней связаны, это безразлично. Поэтому и занимающиеся чисто механическим трудом, например перепиской служебных бумаг, или несущие служительские обязанности в виде курьеров, рассыльных, сторожей и т. п. являются должностными лицами и могут отвечать за нарушение своих служебных обязанностей. Вместе с тем безразлично и то, является ли эта должность штатной или нештатной, постоянной или временной

⁷¹ См.: О взяточничестве: Декрет СНК РСФСР от 8 мая 1918 г. // СУ РСФСР. 1918. № 35. С. 467. Следует отметить, что чуть ранее определение субъекта должностного преступления было дано в подзаконном нормативном акте. Инструкции НКЮ РСФСР от 19 декабря 1917 г. (см.: СУ РСФСР. 1917. № 12. Ст. 170).

и замещается ли она по назначению или по выборам (поэтому должностным лицом является и штатный преподаватель, и народный заседатель, и сельский исполнитель и т. п.)»⁷².

Однако в уголовно-правовой литературе отмечалось, что в понятие должностного лица нельзя включать:

а) всех тех, кто находился на службе в каком-нибудь частном учреждении или в общественной организации, не преследующей общегосударственных задач (например, в спортивной организации);

б) всех тех, кто, не занимая особого места по службе, вступал с государственным учреждением или предприятием в договоры подряда, поставки, аренды и т. п.⁷³

Необходимо отметить, что, пожалуй, наиболее ярко специфические проблемы, стоящие перед молодым Советским государством в период, когда его будущее полностью зависело от темпов восстановления народного хозяйства, опустившегося до критического уровня, отразились в той части УК РСФСР 1922 г., которая была посвящена хозяйственным преступлениям (гл. IV)⁷⁴. Глава включала много норм, вызванных к жизни конкретной исторической обстановкой первого периода нэпа, которые затем вполне естественно утратили свое значение⁷⁵.

Глава IV УК РСФСР 1922 г. предусматривала 25 составов преступлений (ст. 126–141-а). В их числе были нормы, ответственность за которые могли нести служащие коммерческих и иных организаций, в том числе лица, выполняющие в указанных структурах управленческие функции. Так, например, в соответствии с положениями, закрепленными в ст. 132 указанного источника, они могли быть привлечены к уголовной ответственности наравне с должностными лицами за нарушение нанимателем установленных Кодексом законов о труде и правил Общих положений о тарифе, регулирующих продолжительность рабочего дня, сверхурочные часы, ночную работу, работу женщин и подростков, оплату труда, прием и увольнение, а также нарушение специальных норм об охране труда⁷⁶.

Согласно постановлению Совнаркома от 11 августа 1922 г., в целях обеспечения контроля за выполнением государственными, общественными и частными учреждениями, предприятиями и хозяйствами всех законов о труде и надлежащего ознакомления с последними трудящихся было вменено в обязанность всем вышеназванным учреждениям и предприятиям с числом наемных рабочих и служащих не менее 10 человек иметь в своих управлениях и конторах, а за отсутствием таковых – в местах производства расчета с рабочими, «Известия Наркомата труда». Одновременно постановление от 11 августа предписывало Наркому труда помещать в «Известиях» все относящиеся к регулированию и охране труда декреты и правила, а руководителям предприятий вывешивать на месте работы означенные декреты и правила. Нарушения постановления Совнаркома от 11 августа карались наказаниями, предусмотренными ст. 132 УК РСФСР⁷⁷.

Субъектом рассматриваемого преступления мог выступать ответственный наниматель предприятия, учреждения и организации любой формы собственности.

Следует, однако, заметить, что в основном в качестве виновников данного преступления выступали все же должностные лица. При квалификации таких деяний неизбежно вставал

⁷² Уголовный кодекс РСФСР (1922 г.). Практический комментарий / Под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. М.: Право и жизнь, 1925. С. 146.

⁷³ Уголовный кодекс РСФСР (1922 г.). Практический комментарий / Под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. М.: Право и жизнь, 1925. С. 146.

⁷⁴ См.: Отечественное законодательство XI–XX веков: Пособие для семинаров. Часть II: XX в. / Под ред. О. И. Чистякова. М.: Юрист, 2000. С. 128–130.

⁷⁵ См.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 136.

⁷⁶ См.: Трайнин. А. Н. Хозяйственные преступления // Уголовный кодекс РСФСР (1922 г.). Практический комментарий / Под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. М.: Право и жизнь, 1923. С. 24–25.

⁷⁷ См.: Уголовный кодекс РСФСР (1922 г.). Практический комментарий / Под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. М.: Право и жизнь, 1925. С. 191.

вопрос о конкуренции с нормами, содержащими общие составы должностных преступлений (ст. 105, 107 или 108 УК РСФСР 1922 г.). Согласно разъяснению Пленума Верховного Суда от 1 декабря 1923 г., за нарушение Кодекса законов о труде представители государственных учреждений и предприятий, ответственные за наем рабочих и служащих, должны были привлекаться не по ст. 105, а по ст. 132 УК, и наравне с частными лицами они были подсудны трудовым сессиям народного суда.

Отмечалось, что от ответственности за нарушения законов о труде не освобождаются и руководители артелей. Так, Кассационная коллегия Украинского Верховного суда установила, что *«председатель правления артели является ответственным за действия артели и несет в первую очередь всю ответственность при нарушении законов и распоряжений Советской власти по охране труда»*. (Опр. № 195 от 7 августа 1923 г.).

А. Н. Трайнин указывал, что «высшая администрация или владелец предприятия или учреждения могут привлекаться и в качестве соучастников, если они заведомо знали о правонарушении и не приняли должных мер к его устранению... и, напротив, наниматель освобождается от ответственности в том случае, если он докажет, что принял все зависящие от него меры к предупреждению или устранению правонарушений, и последнее имело место исключительно вследствие действий (или бездействия) высшей администрации или владельца предприятия (учреждения), в каковом случае последние и несут ответственность»⁷⁸.

К числу преступлений, которые по ряду признаков имели определенное сходство с деяниями, совершаемыми лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях (по УК РФ 1996 г.), можно также отнести еще два состава гл. IV УК РСФСР 1922 г. – ст. 127 и 129. Первая из этих норм предусматривала ответственность за бесхозяйственное использование заведующим учреждения рабочей силы, вторая – за расточение арендатором государственного достояния, предоставленного ему по договору. Если указанные действия рассматривать как злоупотребление служебными полномочиями, то эти составы имеют определенное сходство со ст. 201 УК РФ 1996 г.⁷⁹

Во многом похоже по законодательной технике были сформулированы нормы в УК РСФСР 1926 г., предусматривающие ответственность за совершение должностных преступлений и за деяния, совершаемые лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях. Так, в целом аналогично трактовалось понятие субъекта должностных преступлений в примеч. к ст. 107 указанного источника. Сравнивая их с законодательным определением Уголовного уложения 1903 г., можно сделать вывод о том, что выполнены они с использованием одних и тех же приемов законодательной техники. Правда, больше недостатков имеют определения, сформулированные в УК 1922 г. и УК 1926 г., из-за использования предельно общих понятий. В связи с этим практически любого гражданина, работающего в общественном секторе экономики, можно было причислить к субъектам должностных преступлений, что, впрочем, во многом отвечало политическим реалиям (потребностям) того периода.

В то же время большой интерес представляет определение должностного лица, содержавшееся в примеч. к ст. 97 УК Украинской ССР 1927 г., согласно которому таковым считалось лицо, «занимающее постоянные или временные должности или исполняющее постоянно или временно те или иные обязанности в каком-либо государственном учреждении, государственном предприятии или товариществе с исключительным или преобладающим участием государственного капитала, в кооперативной, хозяйственной организации, а также в организации

⁷⁸ См.: Уголовный кодекс РСФСР (1922 г.). Практический комментарий / Под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. М.: Право и жизнь, 1925. С. 190–191.

⁷⁹ См., напр.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 136; Ташинов А. В., Чудин Н. М. Уголовное право и предпринимательство в истории отечественного и зарубежного законодательства. Пермь, 2007. Ч. 1. С. 30; и др.

или объединении, которое по закону имеет определенные права, обязанности или полномочия в осуществлении хозяйственных, административных, судебных (по суду, следствию, защите и т. п.), просветительских и других задач публично-правового характера, а также отдельные члены таких организаций, если они наделяются правами, обязанностями или полномочиями в осуществлении указанных задач публично-правового характера».

Особенностью этого определения следует признать то, что в нем в традициях российской правовой мысли получила воплощение концепция о публично-правовой природе понятия должностного лица. Она проявляется в делегировании части государственно-властных полномочий конкретному представителю госаппарата, который осуществляет определенные управленческие функции в интересах общества от имени и по поручению государства. Но, несмотря на преимущества указанного определения по сравнению с ранее имевшимися, оно не изменило проводимой государством уголовной политики, связанной с установлением рамок должностных преступлений и определением их субъектов. Расширение круга лиц, признаваемых виновниками преступлений по должности, имело свои основания.

Во-первых, такой подход был обусловлен формированием новых экономических отношений в стране, граждане которой стали рассматриваться в качестве служащих одного всенародного государственного «синдиката».

Как писал в 1920 г. нарком юстиции РСФСР Д. И. Курский, должностные посягательства получили «вместе с Октябрьским переворотом исключительное значение, так как национализация промышленности и торговли превратила всех частных служащих и рабочих в должностных лиц. Современный строй не знает или почти не знает более частной службы. Все торговые приказчики и фабричные рабочие являются ныне экономическими чиновниками, внесенными в штаты соответствующих учреждений и получающими жалованье по определенным тарифным ставкам. Вследствие этого группа должностных преступлений должна чрезвычайно вырасти количественно, получить большое уголовно-политическое значение»⁸⁰.

А. Я. Эстрин в связи с этим отмечал, что «советское право... по принципиальным соображениям пошло в смысле расширения содержания понятия “должностное лицо” гораздо дальше буржуазного»⁸¹.

Во-вторых, такое направление в уголовно-правовой политике было связано с изменениями, происходящими в сфере управления. Новым политическим приоритетом стало «привлечение трудящихся к повседневному выполнению государственных функций» как непосредственно, так и через различного рода общественные механизмы⁸².

По этому поводу А. А. Пионтковский писал: «Для того чтобы понять круг должностных преступлений по советскому уголовному праву и уяснить их особенности сравнительно с буржуазным уголовным законодательством, необходимо исходить из своеобразия советского госаппарата. Основное отличие советского госаппарата от государственного аппарата буржуазии состоит в том, что буржуазный госаппарат стоит над массами, он чужд народным массам, а советский государственный аппарат не стоит над массами, а сливается с широкими массами трудящихся, и советским государственным аппаратом в широком смысле слова являются не только Советы с их органами власти, но и “организации всех и всяких беспартийных объединений, соединяющих Советы с глубочайшими «низами», сливающих государственный аппарат с миллионными массами и уничтожающих шаг за шагом всякое подобие барьера между государственным аппаратом и населением“ (И. Сталин. Вопросы и ответы. М., 1925. С. 8)»⁸³.

⁸⁰ Цит. по: Утевский Б. С. Общее учение о должностных преступлениях. М.: МЮ СССР, 1948. С. 262.

⁸¹ Эстрин А. Я. Должностные преступления. М.: НКЮ РСФСР, 1928. С. 30.

⁸² См.: Безверхов А. Г. Должностные (служебные) преступления и проступки: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1995. С. 57–58.

⁸³ Пионтковский А. А. Советское уголовное право. Особенная часть. Т. 2. М.; Л., 1928. С. 206–207.

Очевидно, что с учетом трансформаций, произошедших в сфере экономики и управления, позиции законодателя, правоприменителя и представителей правовой науки в части ответственности за преступления по должности существенным образом изменились.

Субъектами названных посягательств стали признаваться все служащие государственных органов, предприятий, учреждений и организаций вне зависимости от занимаемой ими должности, наличия или отсутствия властных полномочий.

Как писал А. А. Жижиленко, «с точки зрения современного строя всякий служащий является в то же время должностным лицом, как бы ни была незначительна его функция в общей системе государственного устройства»⁸⁴. Отсюда признавалось, что «должностное преступление может иметь место как со стороны низшего служащего (скажем, курьера, сторожа, канцеляриста), так и со стороны служащего, занимающего более высокую и ответственную должность»⁸⁵.

Кроме того, к должностным лицам относились и служащие в общественных организациях, на которые возлагались государственные задачи, поручалось выполнение политических функций. Считалось, что служащие общественных организаций, «которые выполняют имеющие общегосударственное значение задачи, наравне со служащими государственных учреждений, несут ответственность за нарушение своих служебных обязанностей как за должностные преступления»⁸⁶. Таким образом, на начальных этапах советского строительства все общественные структуры (за исключением разве что религиозных общин) стали рассматриваться в качестве организаций, которые действуют в общегосударственных интересах. Поэтому служащий, по существу, любой формальной общественной структуры признавался в качестве возможного субъекта должностного преступления⁸⁷.

На практике предполагалось признавать должностными лицами служащих негосударственных организаций (кооперативов, товариществ, акционерных обществ и т. п.), которые выполняли различные задачи, возложенные на них государством. Большинство ученых-юристов 20–30-х годов в своих исследованиях также придерживались именно этой точки зрения, исходя из потребностей, диктуемых общественно-политической обстановкой и происходящими в стране преобразованиями, выполняя тем самым социальный заказ.

Так, например, в работе «Уголовный суд и преступления в кооперации» Г. К. Рогинский и М. С. Строгович прямо указывали, что «лица, занимающие те или иные должности в кооперативных органах (как по выбору, так и по договору личного найма), являются должностными лицами и за свои преступления, связанные с исполнением своих служебных обязанностей, несут уголовную ответственность по тем статьям УК, которые предусматривают должностные преступления»⁸⁸.

Характеризуя кооперацию, эти авторы отмечали, что «кооперация не является даже общественной организацией, это – принудительное объединение граждан, действующее на средства государства, по его плану и распоряжениям, то есть тот же государственный орган». Признавая, что в условиях нэпа юридическая природа кооперации изменилась и имели место взгляды, что кооперация стала обладать чертами частноправовой организации, они тем не менее полагали, что при таком положении кооперации она ни в коем случае не может быть

⁸⁴ Жижиленко А. А. Должностные (служебные) преступления. 3-е изд., испр. и доп. М.: Право и жизнь, 1927. С. 5; см. также: Пионитковский А. А. Указ. соч. С. 207; Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 33–34.

⁸⁵ Кожеевников М., Лагович Н. Должностные преступления и борьба с ними: Попу лярный очерк. М.: НКЮ РСФСР, 1926. С. 41.

⁸⁶ Там же. С. 42; см. также: Жижиленко А. А. Указ. соч. С. 5, 7–8; Пионитковский А. А. Указ. соч. С. 208; Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 34–35.

⁸⁷ См.: Валеев А. М. Ответственность должностных лиц за преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России (ст. 169, 170 УК РФ): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 12–13.

⁸⁸ Рогинский Г. К., Строгович М. С. Уголовный суд и преступления в кооперации. М.: НКЮ РСФСР, 1926. С. 24.

приравнена к частной организации, но вместе с тем не является и государственным органом, «она обратилась в общественную организацию»⁸⁹. Также указанные авторы считали, что для уголовного суда имеет значение отличие кооперативных организаций от частных лиц и организаций, но не от государственных учреждений и предприятий, так как кооперация вполне подходит под понятие организации, осуществляющей общегосударственные хозяйственные и, отчасти, просветительские задачи, указанные в примечании к ст. 105 УК (ред. 1922 г.).

Все связанные с кооперацией преступления Г. К. Рогинский и М. С. Строгович делили на три группы.

К *первой группе* они относили деяния, совершаемые лицами, обладающими организационно-распорядительными либо административно-хозяйственными функциями в той или иной кооперативной организации.

Во *вторую группу* авторы включали хозяйственные преступления контрагентов кооперации. Они отмечали, что «злонамеренные неисполнения договоров со стороны контрагентов кооперации достаточно многообразны, но все они сводятся к тому, что частное лицо, заключив договор, либо злонамеренно, то есть умышленно, не исполняет его, иногда даже вовсе не имеет в виду его исполнять в самый момент заключения, желая лишь получить аванс, либо же к выполнению договора относится явно недобросовестно, то есть не считает нужным принять надлежащие меры к выполнению договора».

Поскольку частный капитал вообще допущен на сцену хозяйственной жизни страны лишь в целях развития народного хозяйства, писали Г. К. Рогинский и М. С. Строгович, подобные преступления должны решительными мерами изгоняться из договорной практики, «а потому мера социальной защиты, применяемая к лицам, учинившим эти преступления, должна быть достаточно серьезна и ощутительна»⁹⁰. К такого рода преступлениям в полной мере можно отнести, например, ст. 130 УК РСФСР 1926 г., которая так же, как и ст. 129 УК РСФСР 1922 г., предусматривала ответственность за расточение арендатором или уполномоченным юридическим лицом предоставленного ему по договору государственного или общественного имущества⁹¹.

К преступлениям *третьей группы* авторы относили деяния частных лиц по созданию лжекооперативов и преступления должностных лиц по содействию лжекооперации.

В отличие от частных организаций, кооперативы имели ряд льгот и привилегий. Так, согласно ст. 57 ГК, кооперативные организации могли владеть предприятиями без ограничения числа рабочих рук на таковых. Также, по постановлению ВЦИК от 21 августа 1924 г., они имели преимущественное право перед частными лицами на получение от государственных органов подрядов, поставок и т. д. В тех случаях, когда представители частного капитала, желая воспользоваться предоставленными кооперации льготами, придавали своим предприятиям кооперативную форму, сам факт создания такого фиктивного кооператива с точки зрения уголовного закона считался преступлением. В соответствии с УК 1922 г. действия частных лиц, которые путем обмана получали различные имущественные выгоды и причиняли тем самым имущественный ущерб государству, рассматривались как мошенничество и влекли ответственность по ст. 188 УК⁹².

В дальнейшем, «если организация кооперативного характера под влиянием проникших в нее "дельцов", получала лжекооперативный уклон, применялась ст. 109 УК (ред. 1926 г.)»⁹³.

⁸⁹ Рогинский Г. К., Строгович М. С. Уголовный суд и преступления в кооперации. М.: НКЮ РСФСР, 1926. С. 13–14.

⁹⁰ Рогинский Г. К., Строгович М. С. Уголовный суд и преступления в кооперации. М.: НКЮ РСФСР, 1926. С. 40.

⁹¹ См.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 136.

⁹² См.: Рогинский Г. К., Строгович М. С. Указ. соч. С. 41.

⁹³ См.: Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 91.

Позже постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 9 сентября 1929 г., изданным в соответствии с постановлением СНК СССР от 29 декабря 1928 г., в УК РСФСР была введена специальная норма (ч. 2 ст. 129-а), предусматривающая уголовную ответственность за учреждение и руководство деятельностью лжекооперативов. Одновременно закон предусматривал и ответственность должностных лиц за содействие лжекооперации (ст. 111-а УК)⁹⁴.

Некоторые ученые выделяли также ряд более частных случаев применения положений и статей о должностных преступлениях к действиям работников различных хозяйственных и кооперативных организаций. Так, например, А. Я. Эстрин к их числу относил:

- 1) неправильное, слишком широкое, кредитование частных покупателей, в особенности своих родственников и приятелей;
- 2) устройство ненужных, дорогостоящих командировок;
- 3) всякого рода иные случаи использования служебного положения ради устройства своих личных дел⁹⁵.

Кроме того, он полагал, что за растраты, подлоги, взятки работники всех таких организаций должны были подлежать уголовной ответственности за должностные преступления, независимо от занимаемого ими служебного положения⁹⁶.

Точку зрения о приравнивании к должностным лицам служащих различных хозяйственных и кооперативных организаций поддерживал также и А. А. Жижиленко. Он считал, что не только лица, находящиеся в непосредственном публично-правовом отношении к государству, признаются государственными служащими и считаются несущими службу в интересах государства. Наряду с ними стоят и лица, которые в особых публично-правовых отношениях с государством не находятся, – это служащие различных организаций, существующих в государстве и признаваемых им преследующими общегосударственные задачи. «Поскольку эти организации действуют в общегосударственных интересах, – писал он, – служащие их, подобно служащим государства в собственном смысле, наделены известными правами и полномочиями и связаны определенными обязанностями. Отсюда – возможность и необходимость их ответственности на том же основании, как и государственных служащих»⁹⁷.

Вместе с тем А. А. Жижиленко отмечал, что служба в организациях и объединениях, не преследующих общегосударственные задачи, не является с точки зрения УК интересом, нуждающимся в особой правовой охране. Поэтому «должностные лица любой артели... не являются должностными лицами в смысле примеч. 1 к ст. 109 УК РСФСР (ред. 1926 г.), так как артели не уполномочиваются государством выполнять его функции»⁹⁸.

Однако такой взгляд противоречил судебной практике и точке зрения Верховного Суда РСФСР. В своем разъяснении Вологодскому губернскому суду Пленум Верховного Суда РСФСР указывал, что старосты молочных кооперативов и артелей, зарегистрированных в надлежащем порядке, должны привлекаться к уголовной ответственности за растрату находящихся в их ведении сумм и имущества артели по статье, предусматривающей должностное преступление⁹⁹. Аналогичное разъяснение давал Пленум Верховного Суда РСФСР и Главсуду Бурято-Монгольской АССР¹⁰⁰.

⁹⁴ См.: Трайнин А. Н. Уголовное право. Особенная часть. Должностные и хозяйственные преступления. М.: НКЮ СССР, 1938. С. 57.

⁹⁵ См.: Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 91–92.

⁹⁶ См.: Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 34–35.

⁹⁷ См.: Жижиленко А. А. Указ. соч. С. 4.

⁹⁸ См.: Жижиленко А. А. Указ. соч. С. 8.

⁹⁹ См.: Протокол № 8 заседания Пленума Верховного Суда РСФСР от 17 мая 1926 г. п. 2 // Судебная практика РСФСР. 1927. № 13–14.

¹⁰⁰ См.: Протокол № 12 заседания Пленума Верховного Суда РСФСР от 19 июля 1926 г. п. 3 // Там же.

Близкой к точке зрения А. А. Жижиленко была позиция А. Н. Трайнина. В первом издании учебника «Уголовное право РСФСР» в 1925 г. он указывал, что в число должностных лиц входят субъекты, занимающие любую должность в любом государственном органе или органе, выполняющем возложенную законом государственную функцию. К организациям и объединениям, выполняющим общегосударственные задачи, А. Н. Трайнин относил хозрасчетные предприятия, работающие на широкий рынок, но ведущие хозяйственное строительство по твердому и регулируемому государственному плану. Также он отмечал, что хотя по общему правилу служащие кооперации, граждане, принадлежащие к профсоюзному аппарату и т. п., должностными лицами не являются, однако в те моменты, когда они исполняют определенную публично-правовую функцию по поручению государства (например, кооперация производит порученные государством хлебозаготовительные операции), они могут быть признаны таковыми¹⁰¹.

В следующем издании учебника А. Н. Трайнин, формулируя эту позицию уже не столь резко, отмечал: «Лишь в той мере, в какой та или иная общественная организация является носителем публично-правовых функций, и в те моменты, когда она эти функции конкретно исполняет, ее органы являются должностными лицами»¹⁰². Также он полагал, что вряд ли можно отнести к числу должностных лиц служащих такого кооператива, как, например, кооператив парикмахеров или булочников либо других кооперативов, не входящих в состав более широких объединений, и вряд ли к таким служащим могут быть применимы постановления о должностных преступлениях, так как они не могут считаться лицами, способными злоупотребить властью, превысить ее и т. п.¹⁰³

Другого взгляда на данную проблему придерживался А. Р. Гюнтер. Он утверждал, что если какие-либо неясности в этом вопросе были возможны при старой редакции УК, то в редакции УК РСФСР 1926 г., где статьи о должностных преступлениях говорили не только о власти, но и о служебном положении, вряд ли есть основания для сомнений. «И вполне допустим случай, – отмечал он, – когда служащий кооператива парикмахеров или булочников проявит халатное отношение к возложенным на него по службе обязанностям, в результате чего для кооператива наступят вредные последствия, например, служащий такого кооператива поздно является на службу, вследствие чего образуются очереди, вызывающие ропот публики, а кооператив, помимо подрыва доверия к кооперативной организации, терпит и непосредственный материальный от действия своего неисправного сотрудника ущерб. Или другой случай: приказчик булочного кооператива отпускает кому-либо из своих приятелей – вопреки существующим на этот счет прямым указаниям правления кооператива – товар в кредит; приятель этот уезжает, не покрыв своего долга кооперативу. В этом случае можно говорить о злоупотреблении приказчиком своим служебным положением либо о превышении им своих служебных полномочий; квалификация по той или иной статье зависит от общей обстановки совершенных деяний, но то, что перед нами деяние, которое может и должно быть квалифицировано по одной из статей о должностных (служебных) преступлениях, – это никакому сомнению не подлежит»¹⁰⁴.

Кроме различного вида кооперативов, артелей, товариществ и т. д., в годы проведения новой экономической политики существовали многочисленные акционерные общества с участием частного капитала. В связи с этим остро стояла проблема квалификации преступлений, совершаемых служащими таких организаций. Однозначного решения этого вопроса также не было.

¹⁰¹ См.: Трайнин А. Н. Уголовное право РСФСР. Часть Особенная. Л., 1925. С. 148–151.

¹⁰² Трайнин А. Н. Уголовное право. Часть Особенная. 2-е изд. М., 1927. С. 219.

¹⁰³ Трайнин А. Н. Уголовное право. Часть Особенная. 2-е изд. М., 1927. С. 223.

¹⁰⁴ Гюнтер А. Р. Указ. соч. С. 6–7.

По мнению А. А. Жижиленко, служащих смешанных обществ, как акционерных, так и товариществ с ограниченной ответственностью, являющихся формой участия государственного капитала, совместно с частным и кооперативным, следовало рассматривать как должностных лиц¹⁰⁵.

Иначе рассуждал А. Я. Эстрин. Он говорил, что в случаях, когда форма акционерного общества избирается для того, чтобы привлечь к организуемому предприятию частный капитал, «мы имеем перед собою уже не акционерную организацию чисто государственного характера, а смешанное акционерное общество, в руководящих органах которого некоторая часть персонала (по общему правилу меньшая часть, ибо обычно частным акционерам предоставляется менее 50 % акций) представляет не интересы советского государства, а интересы частных капиталистов-акционеров». Подобные организации, с точки зрения ученого, уже «не могут считаться организациями последовательно социалистического типа; они являются уже организациями государственно-капиталистического типа»¹⁰⁶.

Он указывал, что, входя в руководящие органы акционерного общества на основании устава, который в данном случае фиксировал и определенные договорные обязательства между государством и частными акционерами, представители последних не перестают оставаться частными лицами и должностными лицами не становятся. Если нарушение ими своих служебных обязанностей в некоторых случаях могло явиться поводом для привлечения их к уголовной ответственности, то таковая, по мнению А. Я. Эстрина, должна была наступать на основании и в порядке ст. 131 УК РСФСР (ред. 1926 г.), предусматривающей неисполнение обязательств по договору, заключенному с государственным или общественным учреждением.

Лиц, представляющих в руководящих органах смешанного акционерного общества интересы государства, как держателей большей части акций, он предлагал относить к должностным, по смыслу примеч. 1 к ст. 109 УК (ред. 1926 г.). Что касается иных служащих такого акционерного общества, в том числе и членов его руководящих органов, то, по словам А. Я. Эстрина, «поскольку оно, не будучи уже организацией последовательно-социалистического типа, не должно вообще рассматриваться как одно из звеньев аппарата пролетарской диктатуры, эти служащие, хотя и не должны рассматриваться как должностные лица в смысле уголовной ответственности, могут быть в некоторых отдельных случаях приравнены к последним, в особенности же в случае растраты к ним может быть применена ст. 116 (ред.

1926 г.), а не ст. 168»¹⁰⁷. Суд был вправе в этих случаях решать вопрос об ответственности в зависимости от характера и степени важности соответственной общественной организации и от особенностей совершенного ее сотрудником деяния¹⁰⁸.

В разъяснении Пленума Верховного Суда РСФСР от 7 февраля 1927 г. по этому поводу говорилось: «Суд вправе, в случаях, когда обстоятельствами дела будет установлено, что лицо, вступившее в договорные отношения с государственными и общественными учреждениями и предприятиями, в осуществлении возложенных на него прав и обязанностей фактически было снабжено административными или иными функциями должностного лица... приравнивать данное лицо к должностным в смысле его ответственности за совершенные им преступления»¹⁰⁹.

Вместе с тем А. Я. Эстрин выделял случаи, «когда в форму „акционерного общества“ облекается созданная пролетарской диктатурой чисто государственная организация, все акции которой по уставу ее находятся в руках государства или распределены между определенными

¹⁰⁵ См.: Жижиленко А. А. Указ. соч. С. 8.

¹⁰⁶ Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 36.

¹⁰⁷ Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 36–37.

¹⁰⁸ Следует отметить, что УК РСФСР 1926 г. предусматривал применение закона по аналогии.

¹⁰⁹ Цит. по: Эстрин А. Я. Указ. соч. С. 37.

государственными и кооперативными организациями СССР. Не подлежит сомнению, – пишет он, – что в случаях преступлений по службе работники такого „акционерного общества“ охватываются примеч. 1 к ст. 109 УК РСФСР (ред. 1926 г.) и несут уголовную ответственность наравне с государственными служащими»¹¹⁰.

К должностным лицам государственного аппарата в соответствии с примеч. 2 к ст. 109 УК РСФСР (ред. 1926 г.) приравнивались также лица, выполняющие управленческие функции в профсоюзных организациях. За совершение служебных преступлений (растраты, взятки и т. д.) они отвечали по статьям преступлений по должности.

При этом А. Р. Гюнтер обращал внимание на следующую особенность: «Для этой категории лиц устанавливается по УК РСФСР особый порядок, напоминающий собою тот порядок, который известен под именем административной гарантии, согласно которому должностные лица могут быть привлекаемы к уголовной ответственности лишь в том случае, если согласие на такое привлечение дает администрация виновного»¹¹¹. Во всех остальных случаях служащие профессиональных союзов рассматривались как частные граждане.

В данных установлениях усматривается некий аналог принципа диспозитивности, закрепленного в примеч. 2 к ст. 201 («Злоупотребление полномочиями») УК РФ 1996 г. и положений примеч. 3 к указанной норме¹¹².

Таким образом, все вышеперечисленные категории служащих кооперативных организаций, артелей, профессиональных союзов и т. д. по советскому уголовному праву периода 20–30-х годов признавались должностными лицами, несущими уголовную ответственность наравне с государственными служащими.

К ним приравнивались также все категории служащих на государственных предприятиях, в учреждениях, организациях независимо от того, обладали они какими-либо управленческими, организационно-распорядительными, административно-хозяйственными функциями или исполняли обязанности технического персонала. В связи с этим М. Кожевников и Н. Лаговьер поясняли: «...когда говорят о должностных преступлениях, то имеются в виду преступления со стороны служащих не частных лиц и учреждений, а государственных предприятий или учреждений (безразлично, центральных или местных) и тех общественных организаций, которые выполняют задачи общего государственного значения».

Что касается служащих у частных лиц и работников негосударственных предприятий, то они по уголовному законодательству не относились к должностным лицам. Поэтому за нарушение своих обязанностей по отношению к частным лицам и учреждениям, в которых они состояли на службе, они не могли отвечать, как за преступления по должности. В то же время какого-либо особого охраняемого объекта общественно опасных деяний, совершаемых служащими указанных предприятий и организаций, ученые не выделяли, замечая, однако, что интересы частных лиц и учреждений, конечно, также защищаются в определенных рамках законом,

¹¹⁰ См.: Там же. Следует отметить, что криминалисты середины 20-х годов критически высказывались по поводу данного законодательного решения. В частности, авторы комментария к УК РСФСР 1926 г. писали о том, что совершенно непонятно, почему закон создает для должностных лиц профорганов двойственное положение. С одной стороны, они отмечены как должностные лица (в соответствии с примеч. 1 к ст. 109 УК), следовательно, уголовная ответственность этих лиц установлена за служебные преступления, с другой – эта ответственность поставлена в зависимость от существования соответствующего постановления профсоюза о привлечении виновного к уголовной ответственности (см.: УК РСФСР ред. 1926 г. / Комментарий под общ. ред. Е. Г. Ширвиндта. М.: НКВД, 1927. С. 228). Тем не менее данное положение действовало до принятия в 1960 г. нового УК РСФСР.

¹¹¹ Гюнтер А. Р. Указ. соч. С. 5.

¹¹² См., напр.: Изосимов С. В. Российское уголовное законодательство конца XIX – начала XX в.: преступления служащих коммерческих и иных организаций: Учеб. пособие. Н. Новгород: Изд-во Волго-Вятской академии государственной службы, 2004. С. 39; Шнитенков А. В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. С. 52; Гришин Д. А. Проблемы квалификации преступлений против интересов службы в коммерческих и иных организациях / Под науч. ред. проф. С. Н. Сабанина. Екатеринбург: Изд-во Уральского юридического института МВД России, 2007. С. 16; и др.

но другими путями. «Если, например, служащий у какого-либо частного гражданина или в частном учреждении растратит или умышленно повредит, уничтожит вверенное ему хозяином имущество, он, конечно, будет отвечать за растрату, но не как за должностную растрату, а как за растрату обыкновенную»¹¹³, – отмечали М. Кожевников и Н. Лаговьер.

Однако судебная практика и в этом случае шла иногда вразрез с законом и уголовно-правовой доктриной. Так, например, Пленум Верховного Суда РСФСР в своем разъяснении, опубликованном в «Судебной практике РСФСР», указывал, что *«капитаны частновладельческих судов, обслуживающих нужды речного и морского транспорта, отвечают за халатное и небрежное отношение к своим обязанностям, повлекшее за собой аварии судов, наравне с должностными лицами»*¹¹⁴.

Таким образом, мы еще раз убеждаемся в том, что проблема квалификации злоупотреблений по службе, совершаемых лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных структурных образованиях (не являющихся государственными), стояла в рассматриваемый период времени так же остро, как и сейчас. Разнообразны были и подходы к решению данных вопросов.

В дальнейшем свертывание нэпа, ликвидация частных предприятий, акционерных обществ, предприятий со смешанным капиталом, «огосударствление» кооперации, профсоюзов, других общественных организаций привели к тому, что дискуссии, о которых говорилось выше, оказались беспредметными.

В научных спорах 30–40-х и последующих годов вплоть до недавнего времени, в работах ученых-криминалистов, в материалах судебной практики обсуждался лишь круг полномочий работников государственных и общественных предприятий, учреждений и организаций, достаточный для отнесения их к числу должностных лиц. Дискутировались также проблемы, связанные с признанием должностными лицами тех или иных категорий работников (врачи, преподаватели, работники торговли, экспедиторы, заготовители и др.).

Крайнюю точку зрения при этом высказывал Б. С. Утевский, полагавший возможным признавать должностными лицами практически всех рабочих и колхозников. Это обосновывалось соображениями «принципиально-политического характера» о стирании граней между трудом умственным и физическим, о принципиальном отличии советского государственного аппарата от буржуазного и т. п.¹¹⁵

В республиканских УК, принятых в период с 1959 по 1962 г., в определениях должностного лица как субъекта должностных преступлений уже без всяких оговорок указывалось, что таковым является, в частности, лицо, занимающее в любом государственном или общественном предприятии, учреждении, организации должность, связанную с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных обязанностей.

Переход государства к строго централизованной системе управления народным хозяйством с государственной собственностью потребовал иного регулирования ответственности не только за должностные, но и за хозяйственные преступления.

Закон установил ответственность за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество (ст. 153 УК РСФСР 1960 г.)¹¹⁶. При этом под частнопредпринимательской деятельностью, влекущей уголовную ответственность, понималась такая деятельность в целях извлечения наживы, которая осуществлялась с использованием либо под прикрытием государственных, кооперативных или иных общественных форм¹¹⁷.

¹¹³ Гюнтер А. Р. Указ. соч. С. 43.

¹¹⁴ Судебная практика РСФСР. 1927. № 17.

¹¹⁵ См.: Утевский Б. С. Указ. соч. С. 379–394.

¹¹⁶ См.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 136.

¹¹⁷ См.: постановление Пленума Верховного Суда СССР от 25 июня 1976 г. № 7 «О практике применения судами законодательства об ответственности за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество» // Бюллетень

Уголовная ответственность за коммерческое посредничество могла наступать, когда оно осуществлялось частными лицами в виде промысла или в целях обогащения (ч. 2 ст. 153 УК 1960 г.). В связи с перестройкой в обществе и переходом государства к рыночным отношениям указанная статья была исключена из УК¹¹⁸.

Дальнейшее реформирование основ российского общества потребовало пересмотра многих законодательных положений практически во всех отраслях права, в том числе и в уголовном праве. К числу положений, закрепленных в советском уголовном праве, которые нуждались в срочных преобразованиях, относилась и проблема определения понятия должностного лица.

В современных условиях развития общества и государства уже недопустимо считать работников аппарата всех промышленных и сельскохозяйственных предприятий и организаций, всех общественных объединений граждан должностными лицами, осуществляющими публично-правовые функции. Столь же очевидна и невозможность простого восстановления содержащегося в УК 1922 г. и УК 1926 г. законодательного определения должностных лиц как работников, занимающих должности в тех организациях или объединениях, помимо государственных, на которые законом возложены определенные обязанности, права и полномочия в осуществлении хозяйственных, административных, профсоюзных и других общегосударственных задач. Во-первых, потому, что если понимать «общегосударственные задачи» в самом широком смысле, то любое предприятие и любая организация так или иначе участвует в их осуществлении. А во-вторых, и это главное, законодательные определения 20-х годов, периода временного проведения и постепенного свертывания нэпа, основывались на совершенно другом идеологическом постулате и имели иную перспективную направленность. Изъятие некоторых предприятий и организаций из системы государственного управления, как указывалось выше, рассматривалось тогда как временное исключение¹¹⁹.

Видимо, принимая новый Уголовный кодекс, вступивший в силу с 1 января 1997 г., законодатель исходил именно из таких соображений, в связи с чем в нем появились две главы: гл. 23, предусматривающая уголовную ответственность за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях, и гл. 30, объединяющая нормы о преступлениях против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления. Однако законодательное разграничение этих двух групп преступлений отнюдь не означает прекращения дискуссий по данному вопросу. Проблема и сейчас стоит довольно остро, многообразны и пути ее решения.

Выводы

Во-первых, в рассматриваемый период времени законодатель отказался от самостоятельного состава, предусматривающего ответственность за злоупотребление полномочиями в коммерческих и некоммерческих организациях.

Во-вторых, центральным в понимании новых подходов в уголовной политике, проводившейся советским государством в годы нэпа в отношении наказуемости служащих коммерческих и иных организаций (в том числе выполняющих в них управленческие функции), является определение государственного аппарата, охватывающего деятельность органов, выполняющих не только функцию государственного управления и ряд иных социально значимых задач (образование, социальное обеспечение и т. д.), но и осуществляющих деятельность хозяйственного, социально-культурного характера, в условиях иного политического режима, реализующегося в сфере гражданского общества. Изъятие некоторых предприятий и организаций

Верховного Суда СССР. 1976. № 4.

¹¹⁸ См.: Закон РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 1982-1 // Ведомости съезда н/д и ВС РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1867.

¹¹⁹ См.: Волженкин Б. В. К вопросу о понятии должностного лица как субъекта должностных преступлений // Советское государство и право. 1991. № 11. С. 80.

из системы государственного управления в 20–30-е годы XX в. рассматривалось как временное исключение, которое постепенно должно было быть изжито. Как правило, лица, выполняющие управленческие функции в коммерческих и иных организациях, признавались должностными лицами. Вместе с тем они также несли ответственность за некоторые виды хозяйственных преступлений.

В-третьих, свертывание нэпа привело к «огосударствлению» всех существующих в стране предприятий, учреждений и организаций. Злоупотребление полномочиями лицами, выполняющими в них организационно-распорядительные и административно-хозяйственные функции, в УК РСФСР 1960 г. было отнесено к должностным преступлениям.

Глава 2. Становление и развитие в России частного нотариата, аудита, частных охранных и детективных служб: эволюция регламентации деятельности и ответственности служащих за злоупотребления полномочиями

§ 1. История становления и развития российского нотариата: эволюция норм, регламентирующих ответственность за злоупотребления по службе частными нотариусами

Прежде чем приступить к изложению проблем, связанных с уголовной ответственностью частных нотариусов за преступления, совершаемые ими с использованием своих служебных полномочий, по российскому законодательству дореволюционного периода и первой половины XX в., представляется целесообразным рассмотреть вопрос о возникновении и развитии нотариата в России, а также остановиться на сущности и организационно-правовой форме данного структурного образования.

Безусловно, прав известный исследователь истории развития российского нотариата А. М. Фемелиди, отмечая, что для более глубокого изучения того или иного института «исследователь современных государственных и общественных учреждений, прежде всего, обращается к их истории, следит за постепенным ходом развития их из примитивных, несовершенных форм в более сложные, связанные единством положенной в их основание идеи. История объясняет ему, что сохранилось в данном учреждении самобытного, оригинального, национального и что заимствовано, перенесено из чужих стран и культивировано искусной рукой законодателя. Грубая первоначальная форма, созданная потребностями своего времени, взятая отдельно от исторической и местной обстановки и представляющая собой иной раз лишь пустую обрядность, постепенно и последовательно развиваясь, достигает в конце концов своего наибольшего совершенства, заняв определенное место в сложной системе современного права. Проследить исторически все видоизменения этой первобытной формы, раскрыть ее жизненное, плодотворное начало, то историческое зерно, которое издавна таилось в ней и из которого позже выросло гордое многоветвистое дерево, – такова задача всякого современного исследователя государственных и общественных учреждений»¹²⁰.

На первых ступенях социальной жизни, когда общественные отношения были просты и малочисленны, когда личность находилась под властью семейных и родовых союзов, когда собственность считалась скорее фактом, чем правом, и всякое завладение вещью защищалось только силой, конечно же, не могло быть и речи об органе публичной деятельности, закреплявшем за личностью ее имущественные права. Договоры в эту эпоху заключались в публичных местах (на площадях, у дверей храмов) и утверждались случайными свидетелями. Внешние признаки при установлении несложных правовых отношений древнего общества носили преимущественно символический характер. Как учреждение, тесно связанное с общественным строем, правами семейными и вещными, нотариат мог быть создан лишь в государствах, которые характеризовались достаточным уровнем культуры и цивилизованности.

¹²⁰ Фемелиди А. М. Русский нотариат. История нотариата и действующее нотариальное положение 14 апреля 1866 г. // Пособие к изучению русского нотариального права. СПб.: Изд. Я. А. Канторовича, 1902. С. 1–2.

«Потребность в органе публичной деятельности, управомоченном придавать публичное значение совершаемым им актам, чувствовалась в народном сознании очень давно, с самого почти пробуждения его к юридической жизни. Но эту потребность удовлетворить вполне могло лишь развитое законодательство»¹²¹, – отмечает А. М. Фемелиди.

Нотариат как важнейший институт права впервые заявил о себе в Древнем Риме. Исторические источники, не располагая наиболее точными датами, относят его становление к III в. н. э. Во всяком случае, судя по двум конституциям римского императора Константина, а обе они были датированы 316 г., именно в них упомянуто о некоем подобии профессии нотариусов, именуемых тогда «табеллионами». К ним относился «разряд лиц, которые, не будучи на государственной службе, занимались в виде свободного промысла составлением юридических актов и судебных бумаг под контролем государства, для всякого нуждающегося в них, за установленное законом вознаграждение. В этом учреждении лежит зародыш того громадного института, который, получив в Италии широкую организацию со стороны законодательства и новое имя „нотариат“, вместе с римским правом акцептирован и ассимилирован новыми европейскими народами»¹²².

Первые прообразы нотариальных действий в России встречались еще в период раннего феодализма. Подтверждением тому выступали следующие характерные сделки: передача права собственности на земельный участок сопровождалась передачей глыбы земли; на дом – ключей; на лошадь – узды. Заключение договора выражалось битьем по рукам. Установление известных прав сопровождалось песнями, празднествами, т. е. обрядами, оставлявшими в памяти присутствовавших воспоминания о совершенном переходе права собственности от одного лица к другому¹²³.

Следующий этап развития нотариата (уже в современном его понимании) связан с установлением обязательной письменной формы актов¹²⁴. Он сопровождался введением специального порядка совершения таких актов. Исследователи истории русского нотариата единодушно относят его возникновение к XVI в., связывая это событие с Указом царя Федора Ивановича, изданным 15 февраля 1597 г.¹²⁵

Основываясь на положениях данного документа, подобно табеллионам, но только спустя тринадцать столетий, начала прокладывать свой путь к профессии нотариуса особая корпорация российских писцов – «площадные подьячие», которые в XVI в. подрабатывали на людных местах составлением различных письменных актов. Форма для всех актов, совершавшихся площадными подьячими, была примитивна и проста. Акты писались всегда в первом лице от имени составителя и начинались словами «Се аз такой-то». В конце акта указывались его составитель («писал грамоту такой-то писец») и присутствовавшие при его составлении свидетели («а на то послухи такие-то»). Следует отметить, что до XV столетия документы не подписывались ни составителями, ни свидетелями. «Бывали примеры, что совершавший акт обмакивал свою руку в чернила и прикладывал ее к акту, отпечатлевая ее изображение на акт».

¹²¹ Фемелиди А. М. Русский нотариат. История нотариата и действующее нотариальное положение 14 апреля 1866 г. // Пособие к изучению русского нотариального права. СПб.: Изд. Я. А. Канторовича, 1902. С. 60.

¹²² Ляпидевский Н. П. История нотариата. Т. 1. М., 1875. С. 32.

¹²³ См., напр.: Калмыков П. Д. О символизме права вообще и русского в особенности. СПб., 1839. С. 47; Гришин Д. А. Указ. соч. С. 6; и др.

¹²⁴ См.: Кречет Н. А. Справочник нотариуса. Сер.: «Закон и общество». Ростов н/Д: Феникс, 1999. С. 5.

¹²⁵ Указом от 15 февраля 1597 г. устанавливалось, что «полные докладные и купчие и всякие крепости и кабалы писати в холопье приказе в книги, а тем холопым крепостям людским книгам быти за дьячею рукой большего для укрепления» (Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. СПб., 1900. С. 614).

Отсюда происходит выражение «рукоприкладство». И только в XV столетии документы стали подписываться контрагентами и свидетелями¹²⁶.

Площадные подьячие относились к особому роду вольных писцов, действовавших под надзором правительства на городских площадях. Не будучи служивыми людьми, подьячие, «кормясь пером» (так в простонародье называли их промысел), объединялись в своеобразные артели, цель которых состояла в поддержке людей этой профессии, оказании взаимной помощи и защите от возможных нападков. В больших городах корпорации (артели) площадных подьячих состояли из 12 человек и зависели от местной дворянской артели, где писцы занимались преимущественно составлением поземельных служилых актов. В Москве в конце XVII в. в артель площадных подьячих входило 24 писца, и ее деятельность непосредственно курировалась Оружейной палатой. Главная контора артели размещалась на Ивановской площади Кремля, где в специальной палатке осуществлялся прием посетителей¹²⁷. Надзор за площадными подьячими осуществляли уполномоченные властями особые лица, называвшиеся старостами, которые обязаны были наблюдать, чтобы подьячие «всякие крепости и посторонние письма писали с их ведома, и работных людей помечали имена, и вершали на площади, и пометкам без записи задаточных денег торговые люди не давали, давали бы в то время, когда записи совершены и поданы будут в приказной палате (съезжей избе)»¹²⁸. В обязанности старостам вменялось смотреть за площадными подьячими, «чтобы кто воровски не написал никаких подставных заочных крепостей, чтобы вместо записей торговыми людьми книг наличных с поруками не писали, чтобы в том пошлина не пропадала»¹²⁹.

В Древней Руси именно площади были той самой территорией, где готовились такие важные для того времени документы, как купчие, меновые, челобитные и т. д. Именно из класса писцов, отмечает А. М. Фемелиди, и развился с течением времени путем обычая и закона, совершенствования и заимствования русский нотариальный институт¹³⁰.

В отличие от Указа 1597 г., Соборное уложение царя Алексея Михайловича 1649 г. предусматривало более четкую и достаточно полную правовую регламентацию деятельности нотариусов (площадных подьячих). Оно *положило начало участию государства, его активному вмешательству в сферу гражданско-правовых отношений*¹³¹. Прежде всего это выражалось в том, что заинтересованным лицам разрешалось составлять самим лишь только определенные акты: о займе денег или хлеба на сумму не свыше 10 рублей, духовные завещания. Остальные же акты должны были составляться площадными подьячими, а затем записываться в книги соответствующего приказа. При этом взималась определенная пошлина, и к документам прикладывалась государственная печать. В отличие от домашних, данные акты (крепости) приобретали силу бесспорных¹³².

Необходимо отметить, что о деятельности площадных подьячих упоминается и в некоторых реформаторских законах Петра I, во времена правления которого были внесены существенные изменения в организацию и порядок осуществления нотариальных действий.

С формированием основ абсолютизма в России царь Петр издал ряд указов, направленных на централизацию нотариального дела. Он создал первые, хотя и не вполне удачные, самостоятельные правительственные органы для совершения нотариальных актов и ввел в 1699 г.

¹²⁶ См.: Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 63.

¹²⁷ См.: Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 1.

¹²⁸ См.: Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 62.

¹²⁹ См.: Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 62.

¹³⁰ См.: Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 61.

¹³¹ См.: Соборное уложение царя Алексея Михайловича 1649 г. Изд. Историко-филологического факультета Московского университета. М., 1907.

¹³² См.: Асанов Р. Ф. Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях: квалификация и ответственность / Под науч. ред. П. Н. Панченко. Уфа: УЮИ МВД России, 2000. С. 8–9.

гербовую бумагу, значительно увеличив пошлины за совершаемые нотариальные действия. С целью искоренения злоупотреблений по службе, допускаемых крепостными подьячими, Петр I лишил их права совершения актов и крепостей и передал эти функции в различные приказы. В это время заведование крепостными делами возлагается то на одно ведомство, то на другое: Оружейную палату (1701 г.), Московскую ратушу (1706 г.), губернаторов (1708 г.), Юстиц-коллегию (1719 г.).

Однако подьячие приказов, ссылаясь на перегруженность различными государственными делами, нередко отказывали частным лицам в совершении нотариальных действий либо умышленно затягивали дела, вымогая с клиентов деньги. «Желая уничтожить неопределенность и произвол в этом деле и строгим надзором обеспечить законность совершения актов и исправное взыскание с них пошлин в пользу казны, он установил новые строгие формы совершения актов крепостным порядком для всех почти сделок»¹³³. Таким образом, вновь возникла необходимость передачи функций совершения нотариальных действий из приказов и сосредоточения их в одном месте. Центральным учреждением такого рода снова становится палата на Ивановской площади Кремля. Позже совершение нотариальных сделок было перенесено в особые присутственные места¹³⁴.

В период правления преемников Петра I функции надзора за крепостным делом переходят к губернаторам и воеводам. Одним из наиболее значимых документов того времени, регулирующих нотариальное дело в России, была Инструкция от 8 июня 1738 г., особенностью которой, по свидетельству современников, являлось то, что она «открывала широкий простор для злоупотреблений, вымогательств и произвола тем, что допустила договорное соглашение со сторонами о гонорарах за совершение нотариальных действий»¹³⁵.

В 1778 г. вслед за административно-территориальной реформой, проведенной Екатериной II, осуществляется частичная децентрализация нотариального дела. Право оформления сделок передается в губернии, палатам гражданских судов и уездным судам¹³⁶. Вместе с тем, осознавая потребность в таком органе публичной деятельности, который был бы тесно связан со всеми имущественными сделками и содействовал бы их развитию, она делает попытку упрощения совершения этих действий, исключив излишние формальности, и предоставляет право совершать нотариальные акты о переходе прав на недвижимое имущество частным маклерам.

В Вексельном уставе 1729 г. впервые упоминается о публичных нотариусах, записывавших протесты о невыплате векселей и отсрочек по платежам. С 1781 г. постепенно учреждаются маклеры и нотариусы исключительно для торговых сделок и разного рода посредничеств: частные маклеры, маклеры слуг и рабочих, маклеры ремесленных, судоходных управ и др.¹³⁷ В 1831 г. были введены должности биржевых нотариусов и маклеров. Указанные лица избирались городским сословием из «невинно упавших купцов». Их образовательный и нравственный ценз по закону определялся весьма скромно – это должны были быть «люди добрые, опытные и во всех торгах и вексельных переводах искусные, и не должны быть безграмотны»¹³⁸.

С принятием 14 марта 1866 г. «Временного положения о нотариальной части» (далее – Положение), утвержденного императором Александром II, российский нотариат получает статус одного из важнейших правовых институтов Российской империи. Введение этого документа в действие повлекло прекращение деятельности всех ранее существовавших разновидностей нотариусов и маклеров, кроме биржевых нотариусов и маклеров, гоф-маклеров, кора-

¹³³ Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 67.

¹³⁴ См.: Глуценко П. П., Седов А. М. Основы нотариальной деятельности: Учеб. пособие. СПб., 1999. С. 9.

¹³⁵ Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 68.

¹³⁶ См.: Учреждение для управления губернией от 7 ноября 1775 г. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1960. С. 55.

¹³⁷ Маклеры, частные маклеры признавались публичными должностными лицами. Понятие «частный» маклер указывало на то, что он состоит при определенной части города.

¹³⁸ См.: Фемелиди А. М. Указ. соч. С. 69.

бельных маклеров, маклеров морского страхования и ремесленных управ в городах Санкт-Петербурге, Москве и Одессе¹³⁹.

С развитием экономической и политической жизни России существовавший ранее нотариальный порядок уже не соответствовал сложившимся общественным отношениям и реалиям торгового оборота. Кроме того, сложность имевшего место крепостного порядка в связи со свойственными дореформенным судебным учреждениям злоупотреблениями и волокитой делали реформу нотариального дела крайне необходимой. Прежний закон «не давал точных указаний даже о порядке определения нотариусов на должности, их отличии от различных маклеров, порядке удостоверения в самоличности сторон и подлинности актов»¹⁴⁰.

Положение представляло собой первый нормативный акт, непосредственно и в полном объеме регламентирующий деятельность нотариусов в России. Разработанное на началах лучших для того времени нотариальных законодательств трех европейских государств (Австрийское положение о нотариате 1854 г., Баварское 1861 г. и Французское 1803 г.), где нотариальное дело вырабатывалось из многолетнего опыта и практики, отечественное Положение о нотариальной части во многом улучшило существовавшие до этого в России прообразы нотариата¹⁴¹.

В соответствии с указанным источником нотариусами могли быть только российские подданные, совершеннолетние, неопороченные судом или общественным приговором, а также не занимающие никакой другой должности ни в государственной, ни в общественной службе¹⁴².

Должность нотариуса предоставлялась только после сдачи экзамена (на профессиональную пригодность) председателю окружного суда, старшему нотариусу и прокурору. В большинстве европейских стран (а Россия всегда тяготела именно к ним) нотариусы считались состоящими на государственной службе¹⁴³. Согласно ст. 17 Положения, нотариусы также считались находящимися на государственной службе с присвоением им восьмого класса по должности, но права на производство в чин и на пенсию по этому званию они не имели. Иными словами, в России нотариус находился на государственной службе, однако он не был служащим в том изначальном понимании, которое вкладывалось в это понятие¹⁴⁴.

Подтверждением тому служат некоторые несоответствия в статусе государственного служащего и нотариуса. Во-первых, государственный служащий в соответствии со своим чином и классом получал жалованье. Нотариус же такого жалованья не получал. За оказанные услуги по соглашению с клиентом он брал определенную плату. В случае отсутствия согласия с клиентом стоимость нотариального действия определялась согласно тарифу (таксе). Во-вторых, государственный служащий не должен был страховать свою деятельность. Нотариус же в императивном порядке страховал свою деятельность путем залога, для обеспечения взыскания на случай неправильных его по должности действий. Более того, удостоверение нотариальных докумен-

¹³⁹ В тех местностях, где нотариальное Положение 1866 г. не было введено до начала XX в., публичным нотариусам и маклерам поручалось совершение всех актов и сделок, за исключением тех, которые должны были совершаться исключительно крепостным порядком. В городах и местностях, где не было маклеров и нотариусов, их обязанности исполняли уездные суды, полицейские управления и другие должностные лица (см.: *Фемелиди А. М.* Указ. соч. С. 69).

¹⁴⁰ В тех местностях, где нотариальное Положение 1866 г. не было введено до начала XX в., публичным нотариусам и маклерам поручалось совершение всех актов и сделок, за исключением тех, которые должны были совершаться исключительно крепостным порядком. В городах и местностях, где не было маклеров и нотариусов, их обязанности исполняли уездные суды, полицейские управления и другие должностные лица (см.: *Фемелиди А. М.* Указ. соч. С. 72).

¹⁴¹ В тех местностях, где нотариальное Положение 1866 г. не было введено до начала XX в., публичным нотариусам и маклерам поручалось совершение всех актов и сделок, за исключением тех, которые должны были совершаться исключительно крепостным порядком. В городах и местностях, где не было маклеров и нотариусов, их обязанности исполняли уездные суды, полицейские управления и другие должностные лица (см.: *Фемелиди А. М.* Указ. соч. С. 75–76).

¹⁴² См.: Положение о нотариальной части // Свод законов Российской империи. Т. 16. Ч. 1. С. 195.

¹⁴³ См.: *Репин В. С.* Настольная книга нотариуса (теория и практика). М.: Юридическая литература, 1994. С. 7.

¹⁴⁴ См., напр.: *Асанов Р. Ф.* Указ. соч. С. 9; *Кузнецов А. П., Изосимов С. В.* Проблемы ответственности государственных нотариусов по российскому и зарубежному уголовному законодательству // Нотариус. 2000. № 2. С. 17.

тов осуществлялось от имени не государства, а губернии, где он служил, поскольку нотариус имел печать с изображением губернского герба.

По своему статусу нотариус, скорее всего, являлся муниципальным, а не государственным служащим. Еще в 1908 г. А. Мацкевич справедливо задавался вопросом о том, кем же являются нотариусы: писцами, подьячими, секретарями (нотариями), выполняющими публично-нотариальные функции, или маклерами (табеллионами), оказывающими правовые услуги клиентам за определенную плату¹⁴⁵. Ответ на этот вопрос не был однозначным. И все же многие сходились в том, что институт нотариусов – не частное предприятие, созданное с целью обогащения отдельных лиц, а общественно-государственное учреждение, предназначенное для удовлетворения общественно-государственных интересов¹⁴⁶, что нотариус – должностное лицо, орган публичной деятельности, лицо, уполномоченное государственной властью «к укреплению действительности и подлинности актов и к совершению иных нотариальных действий»¹⁴⁷.

За действия нотариусов по службе, не соответствующие занимаемому ими положению, а также за пренебрежительное отношение их к своим обязанностям или совершение ими действий вне службы, противных нравственности и несовместимых с достоинством их звания, они привлекались к различным видам ответственности (дисциплинарной, имущественной, уголовной). Самой строгой из них являлась уголовная ответственность. Нормы, регулирующие уголовную ответственность указанных лиц, содержались в четвертом отделении («О преступлениях и проступках чиновников крепостных дел и нотариусов») гл. 11 («О преступлениях и проступках чиновников по некоторым особым родам службы») Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. и в более поздней редакции этого документа, вступившей в действие в 1885 г. Злоупотребления, совершаемые нотариусами, по своему характеру относились к категории должностных преступлений.

В ст. 460–466 Уложения 1845 г. говорилось о чиновниках крепостных дел, подвергавшихся наказаниям за преступления и проступки. Однако после судебной реформы 1864 г. все полномочия чиновников крепостных дел, которые по своей сути выполняли нотариальные действия, были делегированы нотариусам. В 1867 г. ст. 460 Уложения была дополнена примечанием, которое оговаривало упразднение должностей чиновников крепостных дел (крепостных надсмотрщиков и писцов) и возложение обязанностей по совершению и засвидетельствованию актов на нотариусов, старших нотариусов или замещающих их должностных лиц¹⁴⁸.

Диспозиция ст. 460 Уложения о наказаниях (в ред. 1885 г.) предусматривала ответственность за преступное деяние, выражающееся в заведомом подлоге нотариальных актов (подлог от имени вымышленных лиц, ложное засвидетельствование, фальшивая запись в шнуровую книгу), а также в сокрытии, истреблении или умышленной потере части книги. За совершенное преступление нотариус подвергался наказаниям, предусмотренным ст. 362 (за подлоги в отправлении должности)¹⁴⁹. Вид и размер наказания определялись «по важности подлога и другим обстоятельствам». Под «обстоятельствами» понимался характер причиненного вреда, учитываемого судом при назначении наказания. В качестве наказаний по ст. 362 устанавливались такие виды, как лишение прав и преимуществ, заключение в арестантские отделения (в зависимости от тяжести совершенного преступления) на срок от 2,5 до 5 лет или же заключение в крепость от 1 года и 4 месяцев до 2 лет и 8 месяцев¹⁵⁰.

¹⁴⁵ См.: *Аргунов В. Н.* Каким быть нотариату в России? // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11: «Право». 1994. № 2. С. 21.

¹⁴⁶ См.: *Гришин Д. А.* Указ. соч. С. 11.

¹⁴⁷ *Подгорецкий П. П.* Мечты и страстные желания современных нотариусов // Нотариус. 1908. № 27. С. 27.

¹⁴⁸ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1912. С. 502.

¹⁴⁹ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1912. С. 503.

¹⁵⁰ См.: *Кузнецов А. П., Изосимов С. В.* Указ. соч. С. 17.

Статья 50 Уложения 1845 г. (в ред. 1885 г.) устанавливала такой вид наказания, как лишение некоторых прав и преимуществ. Данная норма дифференцировала правоограничения в зависимости от того, к какой группе принадлежал виновный (дворянин, священнослужитель, церковнопричетник, почетный гражданин, купец, люди всех прочих состояний). В основном (за исключением священнослужителей и церковнопричетников) лишение права заключалось в наложении запрета участвовать в выборах и быть избираемым¹⁵¹. Если в случае совершенного подлога к уголовной ответственности привлекался невиновный, то наказание заключалось в ссылке на каторжные работы на срок от 6 до 8 лет с лишением всех прав и состояний.

На основании ст. 3 Уложения о наказаниях все преступления по субъективной стороне подразделялись на умышленные и неумышленные. Исходя из признака заведомости, преступление, предусмотренное ст. 460 указанного источника, относилось к категории умышленных. Следует отметить, что нотариус привлекался к уголовной ответственности по ст. 460 и в случае, если осуществлял подлог в актах, которые он вообще не имел права совершать, т. е. с превышением «пределов своей власти». Это касалось, например, совершения актов русских поданных за границей¹⁵².

Часть 1 ст. 461, ст. 462, ч. 1 ст. 463 Уложения устанавливали уголовную ответственность за халатное отношение к выполнению служебных обязанностей, а именно: за неосмотрительное составление акта от имени лиц, не имеющих прав на продажу или покупку имущества (ч. 1 ст. 461); совершение акта, не удостоверившись в тождестве и в точной воле лица (ст. 462); за участие в противозаконной продаже имущества по неосмотрительности и неполноте справок (ч. 1 ст. 463). За указанные «упущения» нотариусы освобождались от своих должностей с лишением права впредь заниматься нотариальной практикой¹⁵³.

Квалифицированные составы в ст. 461 и 463 Уложения о наказаниях характеризовались тем, что противоправные деяния совершались умышленно и влекли наказание, предусмотренное ст. 362, за подлоги в отпращивании должности.

Совершение или принятие к явке и свидетельству какого-либо акта, содержавшего в себе распоряжения или выражения, явно противоречащие законам, государственному благоустройству, вере или нравственности, влекло за собой отстранение нотариуса от должности, и дополнительно они подвергались по обстоятельствам дела лишению прав и преимуществ и заключению в тюрьму на срок от 4 до 8 месяцев или в исправительные арестантские отделения на время от 4 до 5 лет (ст. 464 Уложения о наказаниях). К тому же ст. 90 Положения о нотариальной части непосредственно запрещала совершение актов, в содержании которых окажется что-либо противоправное законам, ограждающим порядок управления, общественную нравственность или честь частных лиц¹⁵⁴.

Допущение нотариусом проступков при исполнении служебных полномочий, тождественных компетенции маклера или частного маклера, таких, как, например, непредставление в установленном порядке ведомостей о количестве и свойстве записанных и опротестованных векселей, неотсылка по надлежащим адресам в установленный срок денег, взысканных при засвидетельствовании и явке актов, за производство торговли влекли за собой наказания и взыскания, определенные в ст. 1300–1311 «О нарушении обязанностей маклерами, биржевыми маклерами, биржевыми нотариусами, корабельными маклерами, биржевыми аукционистами и диспаншерами» Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.). Санкции указанных статей определяли следующие виды наказаний: денежные штрафы, лишение прав и преимуществ, отстранение от должности, отстранение от должности с запретом

¹⁵¹ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. (ст. 50). СПб., 1912. С. 504.

¹⁵² См.: Положение о нотариальной части // Свод законов Российской империи. Т. 16. Ч. 1. С. 199.

¹⁵³ См.: Асанов Р. Ф. Указ. соч. С. 11–12.

¹⁵⁴ См.: Положение о нотариальной части // Свод законов Российской империи. Т. 16. Ч. 1. С. 201.

впредь осуществлять нотариальные действия, заключение в тюрьму, а также санкции, содержащиеся в ст. 362, 464 Уложения о наказаниях.

Необходимо также отметить, что ст. 469 четвертого отделения («О преступлениях и проступках чиновников крепостных дел и нотариусов») гл. 11 («О преступлениях и проступках чиновников по некоторым особым родам службы») Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885 г.) закрепляла принцип аналогии, согласно которому в случаях, не указанных в этом отделении или в других постановлениях, нотариусы за всякое упущение или злоупотребление подвергались взысканиям и наказаниям, предусмотренным разделом о преступлениях и проступках по службе государственной и общественной¹⁵⁵.

Кроме нотариусов в дореволюционной России существовал институт биржевых нотариусов, деятельность которых регулировалась Торговым уставом¹⁵⁶. В их обязанности входило осуществление «засвидетельствования» и «совершения» актов, заключаемых между иностранными подданными или между иностранными и российскими гражданами. Личная печать биржевого нотариуса (например, Санкт-Петербургской биржи), учитывая специфику его работы, содержала указание места работы, имя нотариуса на трех языках: французском, немецком и английском. Кроме засвидетельствования и совершения актов, в его компетенцию входило: опротестование векселей и заемных писем; перевод верительных писем и других актов, высылаемых из чужих краев для употребления в присутственных местах; регистрация жалоб шкиперов на неисправность пребывающих в России корреспондентов, чужестранных купцов; хранение вверенных денег от торгующих и др.¹⁵⁷

За упущения и злоупотребления по службе биржевые нотариусы подвергались взысканиям и наказаниям, определенным в отделении о преступлениях и проступках нотариусов, за исключением тех случаев, когда они допускали нарушения обязанностей, аналогичные преступлениям биржевых маклеров, гоф-маклеров и корабельных маклеров. К ним, в частности, относились такие противоправные деяния, как: перевод на свой счет сумм с зарубежных денежных и вексельных оборотов; преждевременная огласка торговой сделки против воли продавца или покупателя; утрата вверенных от торгующих денег и векселей; несвоевременное предоставление сведений о ценах на товары, о денежном и вексельном курсе и т. д.¹⁵⁸ Санкции соответствующих норм Уложения о наказаниях об ответственности за указанные деяния (ст. 1312–1322, кроме ч. 2 ст. 1318 и ч. 2 ст. 1319) предусматривали наказания в виде денежных штрафов или отрешения от должности биржевого нотариуса.

За неправильную запись торговых сделок в книгу посредством какого-либо злоупотребления (ч. 2 ст. 1318) биржевые нотариусы несли уголовную ответственность по ст. 362 Уложения о наказаниях за подлоги в отправлении должности. Умышленная утрата биржевым нотариусом вверенных денег (ч. 2 ст. 1319) охватывалась санкцией ч. 3 ст. 354 как растрата вверенного по службе имущества и наказывалась заключением в тюрьму 1-й степени (от 8 до 16 месяцев)¹⁵⁹.

Основанием возникновения уголовно-правовых отношений в связи со злоупотреблениями и упущениями, совершаемыми нотариусами, являлись не только вышеуказанные нормы, но и преступления, совершенные по должности. К числу таких деяний относились, например: разглашение профессиональной тайны нотариусами (ст. 423); медленность и нерадение в отправлении должности (ст. 410); превышение власти (ст. 338) и ряд других должностных

¹⁵⁵ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1912. С. 506.

¹⁵⁶ См.: Устав торговый // Свод законов Российской империи. СПб., 1876. Т. 11. С. 650–661.

¹⁵⁷ См.: Устав торговый // Свод законов Российской империи. СПб., 1876. Т. 11. С. 661.

¹⁵⁸ См.: Асанов Р. Ф. Указ. соч. С. 13.

¹⁵⁹ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. СПб., 1912. С. 779.

преступлений, нормы об ответственности за которые содержались в разделе о преступлениях и проступках по службе государственной и общественной Уложения о наказаниях.

В разделе о преступлениях и проступках против порядка управления указанного источника содержалось 11 глав. При таком разнообразии видов преступлений по службе Уложение 1845 г. (как в первоначальной, так и последующей редакции) страдало излишней дробностью и не всегда охватывало все случаи должностных преступлений, имевших место в правоприменительной практике. Многие криминалисты того времени критиковали структуру данного раздела, поскольку беспримерная в законотворческой практике многочисленность статей о служебных преступлениях объяснялась излишними повторениями и, главным образом, включением в Уложение о наказаниях всех провинностей служащего вообще или простых нарушений служебной дисциплины¹⁶⁰. Так, В. В. Есипов в связи с этим отмечал: «Было бы гораздо целесообразнее, уничтожив ряд специальных статей¹⁶¹, на отдельные случаи установить взамен их несколько общих положений, которые обнимали бы собою целый род или вид известных преступных деяний. Вместо дробной классификации должностных преступлений было бы полезнее свести их к немногим обобщенным группам»¹⁶².

Уголовное уложение, принятое 22 марта 1903 г., было более прогрессивным по сравнению с предшествовавшим ему Уложением о наказаниях 1845 г. (в ред. 1885 г.) Как отмечалось ранее, с его принятием существенно упростилась система построения уголовного законодательства, сократилось количество статей. Из рассматриваемых нами общественно опасных деяний законодатель в Уложении 1903 г. непосредственно выделил в виде отдельных преступлений те, которые совершались нотариусами, – ст. 672 и 674¹⁶³. Указанные нормы располагались в гл. 37 «О преступных деяниях по службе государственной и общественной». Статьи о должностных преступлениях, содержащиеся в Уголовном уложении, не являлись такими дробными и казуистичными, как в Уложении о наказаниях.

В целях устранения недостатков Уложения о наказаниях 1845 г. (в ред. 1885 г.) была создана правительственная комиссия по разработке нового Уголовного уложения. Членам комиссии была поставлена задача не включать в проект те из проступков по службе государственной и общественной, которые заключаются в нарушении исключительно служебных обязанностей и «по маловажности своей не подлежат внесению в общее Уложение, а должны войти в особый дисциплинарный устав»¹⁶⁴, что, в свою очередь, и отразилось на структуре указанной главы.

Законодательство начала XX в. различало 2 группы преступных деяний, совершаемых нотариусами. Во-первых, неисполнение обязанностей, возложенных законом на нотариусов. Во-вторых, злоупотребление полномочиями¹⁶⁵.

Первая группа преступлений выражалась в неисполнении таких правил, установленных нотариальным положением или другими нотариальными постановлениями, соблюдение которых обеспечивало подлинность акта, его действительность и нотариальную силу¹⁶⁶. При этом ответственность за формальные упущения в процессе совершения и засвидетельствования актов распространялось не только на нотариусов, но и на лиц, уполномоченных законом на

¹⁶⁰ См.: Проект Уголовного уложения. Объяснения редакционной комиссии. Злоупотребления государственной и общественной службою. СПб., 1904. С. 23.

¹⁶¹ Необходимо отметить, что статьи, предусматривавшие ответственность нотариусов, содержались, как правило, в специальных нормах.

¹⁶² Есипов В. В. Превышение и бездействие власти по русскому праву. СПб., 1892. С. 5.

¹⁶³ См.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 4. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 135.

¹⁶⁴ Евангулов Г. Г. Уголовное уложение. Текст закона с очерком основных положений. СПб., 1903. С. 11.

¹⁶⁵ См.: Проект Уголовного уложения. Объяснения редакционной комиссии. Злоупотребления государственной и общественной службою. СПб., 1904. С. 432.

¹⁶⁶ См.: Уголовное уложение 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 1070.

осуществление нотариальной деятельности, например мировых судей¹⁶⁷. Согласно существовавшей в то время доктрине, принято было считать, что указанные упущения должны составлять предмет не уголовного закона, а дисциплинарного устава¹⁶⁸.

Вторую группу преступлений, относящуюся к злоупотреблениям нотариальными полномочиями, составляли деяния, которые в общем виде сводились к следующим действиям: 1) составление недействительных актов в силу допущенных нотариусом нарушений форм и обрядов, а также ввиду отсутствия условий, требуемых для действительности акта; 2) составление преступных актов по своему изложению; 3) злоупотребление в производстве отметок о переходе права собственности на недвижимость и об ограничении права собственности на недвижимое имущество¹⁶⁹.

Одновременно с этим авторы проекта Уголовного уложения предлагали также относить к злоупотреблению такие его разновидности, как: а) злоупотребления, допущенные в соблюдении нотариальных форм и обрядов; б) злоупотребления в ходе установления тождества личности и удостоверения волеизъявления; в) злоупотребления в процессе удостоверения дееспособности или правоспособности; г) злоупотребления в изложении «самого существа акта»; д) злоупотребления в соответствии акта гражданскому законодательству; е) злоупотребления в предотвращении преступных сделок; ж) злоупотребления по производству отметок, связанных с правом собственности; з) разглашение нотариальной тайны¹⁷⁰.

Следует отметить, что диспозиции указанных норм были бланкетными. При совершении нотариусом того или иного преступления правоприменителю необходимо было точно установить, какой именно пункт, статью тех или иных правил либо постановлений нарушил нотариус. Это, в свою очередь, создавало дополнительные трудности в ходе квалификации преступлений¹⁷¹.

Статья 672 Уголовного уложения 1903 г. предусматривала ответственность за упущения и злоупотребления нотариусов, которые заключались в совершении, засвидетельствовании или утверждении актов, запрещенных законом¹⁷². К ним, в частности, относились: акты, совершение которых не нарушало интересов сторон, но которые являлись незаконными ввиду нарушения форм и обрядов составляемых документов (например, акты о дарении родового имущества помимо законных наследников); акты, совершение которых хотя и не нарушало интересов сторон, но причиняло вред интересам государственного управления; акты, заключающие в себе такие сделки, осуществление которых составляло преступное деяние для участвующих в этих сделках лиц или для исполнителей данных сделок¹⁷³. Иными словами, к ним относились акты, запрещенные прежним гражданским законодательством, в том числе Положением о нотариальной части.

Однако в ст. 672 не содержалось указания на составление или засвидетельствование актов, преступных по своему содержанию, которые под действие данной нормы «подводимы быть не должны»¹⁷⁴. В свою очередь преступление, выраженное в «злоумышленном» нарушении форм и обрядов с целью лишения акта нотариальной силы, предусматривалось ст. 674

¹⁶⁷ См.: Положение о нотариальной части // Свод законов Российской империи. Т. 16. Ч. 1. С. 196.

¹⁶⁸ См.: Проект Уголовного уложения. Объяснения редакционной комиссии. Злоупотребления государственной и общественной службою. СПб., 1904. С. 435.

¹⁶⁹ См.: Уголовное уложение 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 1070.

¹⁷⁰ См.: Проект Уголовного уложения. Объяснения редакционной комиссии. Злоупотребления государственной и общественной службою. СПб., 1904. С. 435.

¹⁷¹ См.: Асанов Р. Ф. Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях: квалификация и ответственность / Под ред. П. Н. Панченко. Уфа: УЮИ МВД России, 2000. С. 22.

¹⁷² См.: Новое Уголовное уложение 1903 г. / Изд. И. А. Соловьева. М., 1903. С. 224.

¹⁷³ См.: Маргулис М. С. Уголовное уложение 1903 года с постратейными выдержками. СПб., 1904. С. 319.

¹⁷⁴ См.: Уголовное уложение 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 1067.

Уголовного уложения. Под формами и обрядами понимались такие нотариальные действия, которые придавали акту его действительность. В случае их нарушения документ признавался недействительным или лишался публичного значения, например, нарушение ст. 84 и 85 Нотариального положения, согласно которым акт считается ничтожным при отсутствии необходимого количества свидетелей¹⁷⁵.

Следует отметить, что несоблюдение нотариальных форм и обрядов составляло уголовно наказуемое деяние лишь при условии, что оно совершалось с целью сделать акт недействительным из корыстных или иных, не совместимых с долгом службы побуждений¹⁷⁶.

Преступление, предусмотренное ст. 674 Уголовного уложения, влекло наказание в виде заключения в тюрьму на срок не ниже трех месяцев. Если же в ходе расследования выяснялось, что деяние было совершено из корыстных побуждений, то наказание увеличивалось на срок не ниже трех лет с заключением виновного в исправительном доме¹⁷⁷.

Редакционная комиссия при подготовке проекта Уложения 1903 г. выделяла еще несколько случаев преступной деятельности нотариусов:

- а) неверное указание перехода или ограничения права собственности на недвижимое имение;
- б) сокрытие в акте обстоятельства, обращающего сделку в преступление или проступок;
- в) совершение, засвидетельствование или утверждение акта, содержащего места богохулительного или противогосударственного характера.

В ходе рассмотрения проекта предложения членов редакционной комиссии были отклонены. Это обосновывалось тем, что указанные выше виды злоупотреблений являлись частными случаями, которые в полной мере охватывались постановлениями о подлоге и сочинениями богохулительного или противогосударственного характера Уголовного уложения¹⁷⁸.

Кроме преступных деяний, совершаемых непосредственно нотариусами, Уголовное уложение 1903 г. предусматривало возможность привлечения к ответственности лиц, которые хотя и не являлись нотариусами, но выполняли отдельные нотариальные функции. Так, в соответствии со ст. 445 указанного нормативного акта устанавливалась уголовная ответственность заведующего или распоряжающегося делами акционерного общества (товарищества) за действия, состоящие:

- «1) в заведомо ложном удостоверении обстоятельства, которое должно быть внесено в акт состояния или в крепостной акт, или составленный, или засвидетельствованный нотариальным порядком, или в ипотечную, или кредитную книжку, если на основании сего удостоверения такой акт составлен или засвидетельствован или внесена запись в книгу;
- 2) в свидетельской скрепе документа, требующего по закону такой скрепы, если этот документ или скрепа содержали заведомо ложное изложение обстоятельств, скрепою удостоверяемое;
- 3) в заведомо ложном изложении или установленных законом торговых книгах, или выписанных из них торговых счетах, обстоятельств, этими книгами удостоверяемыми, если эти книги или смета представлены в подлежащие установлению для удостоверения такого обстоятельства»¹⁷⁹.

Некоторые современные авторы находят определенное сходство признаков данного состава преступления с положениями ст. 202 действующего УК РФ¹⁸⁰. Полагаем, что такая

¹⁷⁵ См.: Положение о нотариальной части // Свод законов Российской империи. Т. 16. Ч. 1. С. 196.

¹⁷⁶ См.: Уголовное уложение 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 1070.

¹⁷⁷ См.: Уголовное уложение 1903 г. с приложениями. Рига, 1922. С. 308.

¹⁷⁸ См.: Уголовное уложение 1903 г. / Изд. Н. С. Таганцева. СПб., 1904. С. 1071.

¹⁷⁹ См.: Уголовное уложение 1903 г. с приложениями. Рига, 1922. С. 268.

¹⁸⁰ См.: *Сарницкий С. Н.* Уголовная ответственность за злоупотребление полномочиями в коммерческих организациях: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 37–38.

аналогия допустима лишь условно, поскольку субъектами последнего могут быть только частные нотариусы либо аудиторы.

Уголовное уложение 1903 г. так и не было введено в действие, поскольку изменение государственного строя в 1917 г. привело к отмене законов царского правительства.

После Октябрьской революции 1917 г. декретом о суде № 1 от 24 ноября 1917 г. были упразднены все ранее действующие до этого времени судебные установления. И хотя не было ничего сказано об упразднении Положения о нотариальной части, регулировавшего до этого времени институт нотариата, он практически перестал существовать¹⁸¹.

Нотариальные действия стали совершать различные учреждения: нотариальные отделы местных советов, которые возглавляли народные нотариусы, отделы юстиции, отделы социального обеспечения, записей актов гражданского состояния, т. е. различные административные органы.

Таким образом, свободный нотариат России коренным образом изменил свой правовой статус. Как ни парадоксально, роль его стала ничтожной. Находясь на задворках юриспруденции, он и обеспечивался по остаточному принципу. Не удивительно, что потребности у советской власти в нотариате практически не было, поскольку политика государства в первые годы власти большевиков была основана на грабежах и насилии (экспроприация, продразверстка и т. п.)¹⁸². Отмена частной собственности на землю, средства производства, жилище обрекла некогда мощный российский нотариат на жалкое существование¹⁸³.

Дальнейшее развитие институт нотариата получил в декабре 1919 г. в декрете о суде № 2, в котором было подчеркнуто, что нотариальные действия совершаются нотариусами, а в случае их отсутствия лицами, их заменяющими. В 1919 г. нотариальные отделы местных Советов были заменены нотариальными столами¹⁸⁴.

С провозглашением новой экономической политики вновь возникла необходимость в нотариальном обслуживании граждан и юридических лиц. 4 октября 1922 г. в России было утверждено Положение о государственном нотариате¹⁸⁵. С его принятием завершился процесс оформления нотариата в одну из разновидностей самостоятельных государственных учреждений¹⁸⁶. Данное Положение действовало менее года. 24 августа 1923 г. было введено в действие новое Положение о государственном нотариате¹⁸⁷, которое отражало потребности общества в условиях нэпа.

Таким образом, смена экономических формаций в связи с происшедшими в России революционными преобразованиями повлекла за собой постепенное огосударствление всех сторон жизнедеятельности функционирующих в стране структур и образований. Указанные изменения нашли отражение и во вновь принятом уголовном законодательстве. Для нас представляют интерес, прежде всего, те положения этого источника, которые регулировали уголовно-правовые отношения, связанные с совершением преступлений служащими нотариата.

Ответственность нотариусов по УК РСФСР 1922 г. регулировалась нормами гл. II «Должностные (служебные) преступления». За совершение наиболее типичных общественно опасных деяний в процессе выполнения ими своих профессиональных функций нотариусы несли наказание по ст. 105 УК. Данная норма предусматривала уголовную ответственность долж-

¹⁸¹ См., напр.: *Глуценко П. П., Седов А. М.* Основы нотариальной деятельности: Учеб. пособие. СПб.: Изд-во Михайлова В. А., 1999. С. 10; *Ташинов А. В., Чудин Н. М.* Уголовное право и предпринимательство в истории отечественного и зарубежного законодательства: Учеб. пособие. Пермь, 2007. Ч. 1. С. 33; и др.

¹⁸² См.: *Яцишкевич И. П.* Нотариат в России: Учеб. пособие. М.: ИНИЦ Роспатента, 1999. С. 3.

¹⁸³ См.: *Репин В. С.* Указ. соч. С. 9.

¹⁸⁴ См.: *Глуценко П. П., Седов А. М.* Указ. соч. С. 10.

¹⁸⁵ См.: *Яцишкевич И. П.* Указ. соч. С. 3.

¹⁸⁶ См.: *Глуценко П. П., Седов А. М.* Указ. соч. С. 10.

¹⁸⁷ См.: СУ РСФСР. 1923. № 75. Ст. 52.

ностного лица за злоупотребление властью. Она давала определение понятия злоупотребления властью. Кроме того, эта статья касалась еще двух вопросов, которые имели значение для всех должностных преступлений: 1) кто может совершать должностное преступление и 2) чем отличаются должностные преступления от дисциплинарных проступков.

В сравнении с современным российским уголовным законодательством анализируемая статья содержала ряд весьма интересных юридических особенностей.

Во-первых, нормативные установления ст. 105 УК «имели своим последствием явное нарушение правильной работы учреждения или предприятия» и «заведомо для должностного лица угрожали тяжелыми последствиями», исключая, таким образом, возможность покушения на злоупотребление, поскольку признаками состава оконченного преступления закон считал нарушение правильной работы учреждения (а такое нарушение имело место при любом противоправном действии по службе), а также альтернативно либо наступление тех или иных вредных последствий или же возможность наступления этих последствий.

Во-вторых, для признания в действиях должностного лица (в том числе и нотариуса) признаков рассматриваемого состава преступления требовалось наличие одного из следующих условий:

- а) систематичность служебного нарушения;
- б) корыстная или иная личная заинтересованность виновного;
- в) наличие фактически наступивших тяжких последствий или возможности их наступления¹⁸⁸.

Специфика указанных признаков, относящихся как к объективной стороне преступления (систематичность, тяжкие последствия), так и к субъективной стороне (корыстная или иная личная заинтересованность), заключалась в том, что они были взаимозаменяемыми¹⁸⁹.

В-третьих, как и Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., УК РСФСР 1922 г. предусматривал дисциплинарную ответственность должностных лиц (ч. 2 ст. 105 УК), а именно «увольнение с должности, возложение обязанности возместить причиненный деянием ущерб или загладить нанесенный вред или без таковых»¹⁹⁰.

Преступное злоупотребление властью наказывалось лишением свободы на срок не ниже одного года со строгой изоляцией от общества (ч. 1 ст. 105 УК). Такое построение санкции предоставляло неограниченные возможности для судебного усмотрения, что, в свою очередь, негативно отражалось на правах и интересах виновного лица.

Следует также отметить ряд уголовно-правовых норм, которые предусматривали ответственность нотариусов за преступления по службе. К ним можно отнести ст. 107 УК («бездействие власти»), ст. 108 УК («халатное отношение к службе»), ст. 116 УК («служебный подлог»), ст. 117 УК («разглашение конфиденциальной информации»). Характерной чертой всех статей гл. II УК РСФСР 1922 г. в целом и перечисленных нами в частности являлось то, что они отсылали к наказаниям, предусмотренным в ч. 1 и 2 ст. 105 УК.

Служебные преступления нотариусов по УК РСФСР 1960 г. наказывались по статьям гл. VII «Должностные преступления». За злоупотребление властью или служебным положением они несли уголовную ответственность по ст. 170 УК, за превышение власти или служебных полномочий – по ст. 171 УК, в случаях ненадлежащего выполнения своих обязанностей вследствие небрежного или недобросовестного отношения к ним отвечали за халатность (ст. 172 УК), при принятии незаконного вознаграждения привлекались по ст. 173 УК за получение взятки и при внесении в корыстных целях или из иных личных побуждений в официальные

¹⁸⁸ См.: Уголовный кодекс РСФСР 1922 г. Практический комментарий / Под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. М.: Право и Жизнь, 1925. С. 145.

¹⁸⁹ См.: Кузнецов А. П., Изосимов С. В. Указ. соч. С. 20.

¹⁹⁰ См.: Уголовный кодекс РСФСР 1922 г. Практический комментарий / Под ред. М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина. М.: Право и Жизнь, 1925. С. 145.

документы заведомо ложных сведений, а также в случаях их подделки, подчистки или пометки другим числом, а равно при составлении и выдаче ими заведомо ложных документов или внесении в книги заведомо ложных записей они привлекались к уголовной ответственности за должностной подлог по ст. 175 УК.

В. Н. Аргунов, давая характеристику советского нотариата, отмечал, что, в отличие от других органов государственного управления, органы нотариата отличаются особым положением тех лиц, которые выполняют нотариальные функции. «Нотариус, – отмечал он, – должностное лицо, которое в своей деятельности при совершении нотариальных функций независимо, он подчиняется только закону, в то время как другие должностные лица органов госуправления при отправлении своих обязанностей должны выполнять указания вышестоящих руководителей»¹⁹¹.

Из изложенного исторического опыта российского законодателя по регулированию уголовно-правовых отношений, возникающих в случаях совершения преступлений нотариусами, можно заключить, что они во всех случаях признавались должностными лицами и привлекались к ответственности за должностные преступления. Указанное законодательное решение представляется достаточно обоснованным, потому что при совершении нотариальных действий нотариус (независимо от того, является он частнопрактикующим или государственным) осуществляет государственную функцию и действует от имени Российской Федерации. Данный факт имеет решающее значение и определяет его социально-правовой статус¹⁹². Это обстоятельство и позволяет относить рассматриваемую категорию лиц к субъектам должностных преступлений.

Правовую основу деятельности государственного нотариата в период с 1930 по 1993 г. регулировали различные законодательные акты, принимавшиеся 20 июля 1930 г.¹⁹³, 31 декабря 1947 г.¹⁹⁴, 2 августа 1974 г.¹⁹⁵

19 июля 1973 г. был принят Закон СССР о государственном нотариате¹⁹⁶. Он содержал нормы о задачах и организации государственного нотариата, принципах его деятельности, компетенции, общих правилах совершения нотариальных действий¹⁹⁷ и применении законодательства о нотариате к иностранцам и лицам без гражданства. В соответствии с ним был принят и действовал до 1993 г. Закон РСФСР «О государственном нотариате» от 1 ноября 1974 г.

Таким образом, с 1917 по 1993 г. нотариат представлял собой часть государственного аппарата, которому была отведена в основном техническая функция заверения документации, связанной с гражданским оборотом, гражданско-правовыми отношениями.

Реформирование социально-экономических отношений в стране повлекло за собой и значительные изменения в законодательстве, в том числе и в законодательстве о нотариате. В 1993 г. были приняты Основы законодательства Российской Федерации о нотариате¹⁹⁸, которые действуют до настоящего времени. В целом они воспроизводят законодательство СССР и РСФСР о нотариате. Принципиальным их отличием явилось введение института частных нотариусов и их руководящих органов. В Основах также нашло отражение положение ст. 72 Конституции РФ 1993 г., согласно которому нотариат находится в совместном ведении РФ и субъектов РФ.

¹⁹¹ Аргунов В. Н. Нотариальные услуги населению. М.: Советская Россия, 1991. С. 10.

¹⁹² Изложенная точка зрения будет обоснована ниже.

¹⁹³ См.: СУ РСФСР. 1930. № 38. Ст. 476.

¹⁹⁴ См.: СП РСФСР. 1948. № 4. Ст. 980.

¹⁹⁵ См.: Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1974. № 32. Ст. 852.

¹⁹⁶ См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1973. № 30. Ст. 393.

¹⁹⁷ Ежегодно в СССР совершалось более 25 млн нотариальных действий (см.: Аргунов В. Н. Нотариальные услуги населению. М.: Советская Россия, 1991. С. 5).

¹⁹⁸ См.: Ведомости Съезда н/д и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

Выводы

Во-первых, нотариат представляет собой уникальный институт превентивного правосудия, призванный обеспечивать четкую реализацию прав и законных интересов участников гражданского оборота в целях предупреждения обращения последних в судебные инстанции за защитой.

Во-вторых, с момента возникновения и в ходе дальнейшего развития нотариата в России государство осуществляло контроль над его деятельностью, активно вмешиваясь в сферу гражданско-правовых отношений.

В-третьих, в соответствии с Уложением о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (а также последующей редакцией этого документа) и Уголовным уложением 1903 г. частные нотариусы по своему правовому статусу приравнивались к лицам, состоящим на государственной службе, поэтому за злоупотребления, совершаемые ими с использованием своих полномочий, они несли ответственность как должностные лица.

В-четвертых, с 1917 по 1993 г. института частного нотариата в России не существовало. Органы нотариата в это время представляли собой часть государственного аппарата, и им была отведена функция заверения документации, связанной с гражданским оборотом и гражданско-правовыми отношениями. Государственные нотариусы считались должностными лицами и за злоупотребления по службе несли ответственность по статьям о должностных преступлениях.

§ 2. Становление и развитие аудита в России: регламентация деятельности и ответственность за злоупотребления по службе частных аудиторов

Новые экономические условия вызвали потребность в оказании хозяйствующим субъектам аудиторских услуг. Это обусловило появление и развитие в России на рубеже 80–90-х годов акционерных, арендных, совместных предприятий (с участием иностранных юридических лиц и граждан), коммерческих банков для осуществления соответствующего финансового контроля. Образованные структуры и явились прообразом современного аудита¹⁹⁹. Вместе с тем следует отметить, что попытки создания института аудита предпринимались в России и ранее. В связи с этим обратимся к истории.

Впервые должность аудитора в России была введена для армии и флота Петром I (начало XVIII в.) с целью учетно-ревизионного и юридического решения аудиторами определенных споров и судебных разбирательств, главным образом, имущественного характера²⁰⁰. По своему характеру данная должность совмещала в себе черты должностей делопроизводителя, секретаря и прокурора²⁰¹. При этом должность аудитора и его профессиональная деятельность в чистом виде не соприкасались с подтверждением правильности и объективности бухгалтерского учета²⁰².

Позднее, на протяжении полутора веков, аудиторы выполняли функции и ревизоров, и следователей, и судей, и прокуроров. Вплоть до реформ второй половины прошлого века (до 1867 г.) в нашей стране существовали особые учреждения, именуемые *аудиториатами*. Это

¹⁹⁹ Слово «аудит» буквально переводится «он слышит». В классическом понимании аудит означает внешний независимый финансовый контроль, осуществляемый независимыми дипломированными аудиторами, не работающими на данном предприятии.

²⁰⁰ См., напр.: Терехов А. А. Аудит. М.: Финансы и статистика. 1998. С. 14; Андреев В. Д. Практический аудит: Справочное пособие. М.: Экономика, 1994. С. 5; Асанов Р. Ф. Указ. соч. С. 15; Гришин Д. А. Указ. соч. С. 10; и др.

²⁰¹ См.: Энциклопедический словарь / Изд. Ф. А. Брокгауза, И. А. Ефрона. Т. 2. СПб., 1901. С. 460.

²⁰² См.: Асанов Р. Ф. Указ. соч. С. 15.

были не мелкие частные фирмы, а высшие ревизионные военные суды при военном и морском министерствах России. Следовательно, и принципы их построения, и функции российских аудиториатов были значительно шире, нежели обычных небольших аудиторских фирм на Западе. «Вообще экономическая и политическая судьба России, как показала история, состоит в поддержании равновесия на стыке мировых цивилизаций, но в силу этой причины очень многие явления в ней отличаются большим своеобразием (вспомним, например, что „Табель о рангах“ Петра I позволяла любому россиянину, обеспечившему достойный вклад в развитие Отечества, получить личное и потомственное дворянство). Может быть, в силу данных немаловажных причин и российские аудиторы XVIII–XIX вв. имели гораздо больше прав и обязанностей, нежели западные аудиторы того времени»²⁰³.

В конце XIX в. русский бухгалтер П. Д. Гопфенгаузен предложил ввести по примеру Англии и Уэльса институт присяжных бухгалтеров (аудиторов), и вскоре проект Гопфенгаузена был направлен министру финансов С. Ю. Витте. По ряду причин технико-юридического характера проект вернули на доработку. В ноябре 1895 г. уже И. А. Жидков завершает новую редакцию документов и выносит ее на обсуждение в общество для распространения коммерческих знаний. В апреле 1896 г. проект был вновь направлен в Министерство финансов России²⁰⁴.

В предложенном проекте формулировались понятие присяжного бухгалтера, порядок его назначения и увольнения. Большое внимание уделялось формированию целей и задач аудита, которые определялись следующим образом: регулирование прав и обязанностей бухгалтеров по отношению к их доверителям (хозяевам-нанимателям); установление научного и нравственного ценза бухгалтера; контроль за исполнением бухгалтерами принятых на себя обязанностей; осуществление посреднических функций между бухгалтерами и доверителями; наложение на бухгалтеров взыскания в форме предостережения, выговора, лишения звания и предания суду; производство счетной экспертизы по требованию правительства; исполнение частных счетных работ и производство счетных экспертиз по поручению частных лиц и учреждений²⁰⁵.

В 1888–1889 гг. основные положения проекта были реализованы в образованном институте присяжных бухгалтеров. В это же время делаются попытки организации обучения аудиторскому делу и сдачи соответствующих экзаменов²⁰⁶. Однако вскоре деятельность института присяжных бухгалтеров была прекращена²⁰⁷.

В 1907–1914 гг. вновь предпринимаются попытки создания аудита как деятельности по проверке финансовой и деловой стабильности предприятий, и создается институт бухгалтеров, а в 1928–1930 гг. – институт государственных бухгалтеров-экспертов²⁰⁸. Тем не менее и они не получили признания и дальнейшего развития в России.

Между тем ревизоры существовали практически всегда. Следует, однако, отметить, что между аудитором и ревизором имеется существенное отличие. Это независимость и беспристрастное суждение, присущие деятельности аудитора²⁰⁹. Если ревизор, по образному выражению Я. В. Соколова, «это глаза и уши начальника, и он проводит ревизию как бы вертикально,

²⁰³ Терехов А. А. Указ. соч. С. 14.

²⁰⁴ См., напр.: Соколов Я. В. Бухгалтерский учет: от истоков до наших дней. М.: Юнити, 1996. С. 283; Гришин Д. А. Указ. соч. С. 11.

²⁰⁵ См.: Изосимов С. В. История становления и развития российского аудита // Современные проблемы государства и права: Сборник научных трудов / Под ред. В. М. Баранова, В. А. Толстика, А. В. Никитина. Н. Новгород, 2006. Вып. 10. С. 64–65.

²⁰⁶ См., напр.: Данилевский Ю. А. Аудит промышленных акционерных обществ. М.: Финстатинформ, 1995. С. 4; Андреев В. Д. Указ. соч. С. 5; Терехов А. А. Указ. соч. С. 51; и др.

²⁰⁷ См.: Данилевский Ю. А. Указ. соч. С. 4.

²⁰⁸ См.: Терехов А. А. Указ. соч. С. 51.

²⁰⁹ См.: Суйц В. П., Смирнов Н. Б. Основы российского аудита. Руководителю предприятия, финансовому директору, главному бухгалтеру. М.: ИЦ «Анкил», ИКЦ «ДИС», 1997. С. 4.

по указанию начальника, который ему платит, то аудитор работает совсем по иной схеме. Проверка аудитора – это проверка по горизонтали»²¹⁰.

Как следует из изложенного, уже в XIX в. в России мог сформироваться институт аудиторов, который включал бы в себя немало услуг, в том числе свойственных современному аудиту. Но, к сожалению, идея зарождения аудита потерпела неудачу, так как бюрократизм министерства финансов довел до провала все начинания и попытки по созданию аудита²¹¹. Кроме того, как отмечает А. Н. Зевайкина, предпринимавшиеся отечественными юристами усилия по созданию института аудиторов не принесли успеха, в частности, и потому, что, в отличие от европейских стран, где финансовый контроль формировался «по горизонтали» (что, собственно, и является специфической чертой аудита), в России его развитие происходило «по вертикали», как ревизионной деятельности государственных органов²¹².

Поскольку аудит как институт экономической экспертизы не сформировался в России XIX – начала XX в., то и ответственность аудиторов в уголовном законодательстве этого времени не предусматривалась²¹³. Позже, во время существования СССР, ревизия и контроль многие годы и десятилетия были наглухо вмонтированы в административно-командную систему. Объективная необходимость контроля за деятельностью любой социально-экономической (в том числе хозяйственной) системы способствовала тому, что в СССР имелаась большая практика контрольно-ревизионной деятельности и проведения судебно-бухгалтерских экспертиз. При Министерстве финансов СССР действовали специальные контрольно-ревизионные управления. Они проводили ревизии и проверки министерств, ведомств, организаций, учреждений и предприятий²¹⁴. В связи с этим отдельные элементы аудиторской деятельности, безусловно, всегда имели место. Однако в подавляющем большинстве случаев такие элементы были разрозненны и не представляли систематизированного целого – аудита как неотъемлемого элемента рыночной инфраструктуры. Поэтому они и не именовались аудитом²¹⁵.

Аудит – это форма финансового контроля, поэтому необходимо определить его место в этом виде деятельности. В России только недавно стало складываться такое понимание финансового контроля, которое не отождествляется с функцией государства. В СССР контроль за имуществом предприятий был государственным. При этом нет необходимости принимать в расчет общественный контроль, который, за исключением партийного контроля, не имел реального правового воздействия на управляемые объекты. Функция непосредственного осуществления государственного финансового контроля была возложена на соответствующие подразделения министерств и ведомств, ревизионные службы органов государственного управления. Общее руководство организацией финансов страны осуществляло Министерство финансов СССР, которое разрабатывало и представляло на утверждение Верховного Совета СССР государственные бюджеты и отчеты об их исполнении. Основным методом государственного финансового контроля были ревизии хозяйственно-финансовой деятельности, осуществляемые работниками контрольно-ревизионного аппарата²¹⁶.

Эпоха перестройки положила начало проведения в стране глобальных преобразований. С 1987 г. в СССР стали создаваться совместные предприятия. Иностранные инвесторы тре-

²¹⁰ См.: Соколов Я. В. Создание института присяжных бухгалтеров в России // Бухгалтерский учет. 1992. № 3. С. 4–7.

²¹¹ См., напр.: Соколов Я. В. Бухгалтерский учет: от истоков до наших дней. М.: Юнити, 1996. С. 283–286; Гришин Д. А. Уголовная ответственность за преступления в сфере интересов службы в коммерческих и иных организациях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2008. С. 14; Ташкинов А. В., Чудин Н. М. Уголовное право и предпринимательство в истории отечественного и зарубежного законодательства: Учеб. пособие. Пермь, 2007. Ч. 1. С. 20; и др.

²¹² См.: Зевайкина А. Н. Аудиторская деятельность – новый вид предпринимательской деятельности в РФ // Юридический аналитический журнал. 2002. № 3 (4). С. 124.

²¹³ См.: Уголовная ответственность частных аудиторов // Allpravo.ru. 2005. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0>

²¹⁴ См.: Сүйц В. П., Смирнов Н. Б. Указ. соч. С. 4.

²¹⁵ См.: Терехов А. А. Указ. соч. С. 51.

²¹⁶ См.: Андреев В. К. Правовое регулирование аудита в России. М.: ИНФРА-М, 1996. С. 4.

бовали аудиторских заключений об их деятельности. Таким образом, с появлением в России независимых от государства коммерческих структур вновь возникла потребность в аудите.

Одной из предпосылок создания аудиторской службы в России явилось изменение структуры управления народным хозяйством, ликвидация отраслевых министерств и связанной с ними системы ведомственного контроля. Когда предприятия получили финансовую и хозяйственную самостоятельность, их стало некому проверять, так как исчезли традиционные вышестоящие инстанции²¹⁷.

Другой более существенной предпосылкой развития аудита стал процесс разгосударствления экономики и переход на рыночные отношения. В условиях рынка и реальной конкуренции вмешательство государственных органов в финансовую деятельность предприятий ограничено. С приобретением же ими реальных собственников – акционеров или частных владельцев – в обществе появились субъекты, непосредственно заинтересованные в законности и, что особенно важно, в эффективности финансовой деятельности предприятий и достоверности учета и отчетности²¹⁸. Причем собственнику важно не только самому знать истинное финансовое положение предприятия, но и доказать его эффективность государству, а также суметь убедить в этом третьих лиц, с которыми предприятие вступает в отношения и от которых зависит его дальнейшее благополучие. Поскольку в рыночной экономике интересы администрации предприятия и пользователей информации об его финансовом состоянии объективно не совпадают, такое доказательство может быть представлено только авторитетным и независимым экспертом, каковым выступает аудитор²¹⁹.

Известный специалист в области аудита Ю. А. Данилевский к числу причин, которые обуславливают потребность в независимом профессиональном аудите, в частности, относит следующие: *во-первых*, развитие предпринимательства и рынка капитала; *во-вторых*, стремление растущих организаций к саморегулированию; *в-третьих*, необходимость создания финансового фонда (фондов), который обеспечивал бы экономическую устойчивость, гарантировал бы собственникам (акционерам, товарищам, пайщикам) и кредиторам их материальные вклады; *в-четвертых*, потребность хозяйствующих субъектов в объективной оценке отчетности с целью получения достоверных данных, показывающих действительное финансовое положение предприятия и результаты его экономической деятельности за определенный период²²⁰.

Самая первая аудиторская фирма в нашей стране – акционерное общество «Инаудит» – была образована в 1987 г. в соответствии с постановлением Совета Министров СССР. Именно с созданием этой организации связывается начало новой эпохи становления и развития аудита в России²²¹. Этот период условно можно разделить на четыре этапа²²².

Первый этап ознаменовался непосредственно образованием акционерного общества по оказанию аудиторских и консультационных услуг «Инаудит». Эта организация в наибольшей

²¹⁷ См.: Аудит предприятия. Методология аудиторской проверки хозяйственно-финансовой деятельности предприятия: Учеб. пособие / Сост. В. В. Нитецкий, Н. Н. Кудрявцев. М.: Дело, 1996. С. 3.

²¹⁸ См.: Аудит предприятия. Методология аудиторской проверки хозяйственно-финансовой деятельности предприятия: Учеб. пособие / Сост. В. В. Нитецкий, Н. Н. Кудрявцев. М.: Дело, 1996. С. 3–4.

²¹⁹ См.: Изосимов С. В. История становления и развития российского аудита // Современные проблемы государства и права: Сборник научных трудов / Под ред. В. М. Баранова, В. А. Толстика, А. В. Никитина. Н. Новгород, 2006. Вып. 10. С. 68.

²²⁰ См.: Данилевский Ю. А. Указ. соч. С. 3.

²²¹ См.: Зевайкина А. Н. Аудиторская деятельность – новый вид предпринимательской деятельности в РФ // Юридический аналитический журнал. 2002. № 3 (4). С. 124.

²²² См.: Изосимов С. В. История становления и развития российского аудита // Современные проблемы государства и права: Сборник научных трудов / Под ред. В. М. Баранова, В. А. Толстика, А. В. Никитина. Н. Новгород, 2006. Вып. 10. С. 69–71.

степени отвечала классическим организационно-правовым формам аудита²²³. Значение создания этой фирмы для дальнейшего развития аудита в нашей стране трудно переоценить.

Акционерное общество являлось юридическим лицом, цель его деятельности – оказание аудиторских и консультационных услуг действующим в СССР и за границей совместным предприятиям.

Второй этап становления аудита в нашей стране пришелся на 1989–1993 гг., когда была предпринята попытка принять законодательный акт об аудиторской деятельности в СССР. После принятия законов «О предприятиях в СССР», «О собственности в СССР» и особенно Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» в стране появились различные коммерческие структуры, в том числе аудиторские фирмы²²⁴.

Среди отечественных аудиторских фирм, возникших в те годы, следует выделить фирмы «Контакт» и «Руфаудит», которые по организации работ, сбору информации стали эталоном для других аудиторских фирм. Заслуга этих фирм в становлении аудита и его популяризации в России чрезвычайно велика.

В учредительных документах указанных фирм предусматривались: проведение проверок финансово-хозяйственной деятельности предприятий любых организационно-правовых форм и видов собственности с целью подтверждения достоверности и реальности их финансовой отчетности; предоставление консультаций по различным вопросам финансовой, правовой, хозяйственной и коммерческой деятельности, включая бухгалтерский учет, налогообложение, управление финансовой деятельностью и т. п.²²⁵

Таким образом, уже в учредительных документах первых аудиторских фирм было заложено определение аудита и обозначены основные его цели, что в дальнейшем нашло отражение во Временных правилах аудиторской деятельности в РФ, утвержденных Указом Президента РФ от 22 декабря 1993 г. № 2263²²⁶. Именно с появлением этого документа аудит в РФ вышел на качественно новый виток развития, и это необходимо считать началом *третьего этапа* его становления. Можно говорить, что с принятием Временных правил аудиторской деятельности в России сформировался рынок аудиторских услуг²²⁷.

Вместе с тем пока не был принят закон об аудите и аудиторской деятельности, это значительно затрудняло полноценную и эффективную работу аудиторов, мешало внедрять в деятельность отечественных предприятий принципы мировых стандартов по аудиту, осуществлять подготовку высококвалифицированных кадров по учету, аудиту и экономическому анализу²²⁸. Тем не менее и в этих условиях аудиторская служба в России развивалась, поскольку ее необходимость диктовалась требованиями рыночной экономики и новыми условиями хозяйствования. Свидетельство тому – организация новых аудиторских фирм, ассоциаций, индивидуальная аудиторская практика, создание Палаты аудиторов РФ.

²²³ См.: Чекин В. Д. Курс лекций по аудиту: Учеб. пособие для вузов / ВЗФЭИ. М.: Финстатинформ, 1997. С. 7.

²²⁴ Аудиторские фирмы регистрировались в основном как товарищества с ограниченной ответственностью (акционерные общества закрытого типа), поскольку это позволяло: во-первых, ограничиться незначительным вкладом в уставный фонд (капитал); во-вторых, при отсутствии помещения на первых порах использовать под офис собственную квартиру; в-третьих, число членов товарищества могло составлять два-три, а при расширении дела их численность могла увеличиваться (см.: Чекин В. Д. Курс лекций по аудиту: Учеб. пособие для вузов. М.: Финстатинформ, 1997. С. 10).

²²⁵ Аудиторские фирмы регистрировались в основном как товарищества с ограниченной ответственностью (акционерные общества закрытого типа), поскольку это позволяло: во-первых, ограничиться незначительным вкладом в уставный фонд (капитал); во-вторых, при отсутствии помещения на первых порах использовать под офис собственную квартиру; в-третьих, число членов товарищества могло составлять два-три, а при расширении дела их численность могла увеличиваться (см.: Чекин В. Д. Курс лекций по аудиту: Учеб. пособие для вузов. М.: Финстатинформ, 1997. С. 10).

²²⁶ См.: САПП РФ. 1993. № 52. Ст. 5069.

²²⁷ См.: Суйц В. П., Ахметбеков А. Н., Дубровина Т. А. Аудит: общий, банковский, страховой: Учебник. М.: ИНФРА-М, 2001. С. 9.

²²⁸ См.: Камышанов П. И. Знакомьтесь: аудит (организация и методика проверок). М.: Информационно-внедренческий центр «Маркетинг», 1994. С. 5.

Четвертый этап развития аудита в России связан с принятием 13 июля 2001 г. Федерального закона «Об аудиторской деятельности»²²⁹, который пришел на смену Временным правилам аудиторской деятельности в РФ от 22 декабря 1993 г. Этот этап продолжается и в настоящее время.

С 1 января 2009 г. вступил в силу новый Федеральный закон РФ от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности»²³⁰, который дал очередной толчок развитию аудита в России.

Что же касается *уголовной ответственности частнопрактикующих аудиторов за злоупотребления, совершаемые ими по службе, то, как отмечалось выше, ни один из уголовных кодексов советского периода (УК РСФСР 1922, 1926, 1960 гг.) ее не предусматривал, так как не было и самого института частных аудиторов. И лишь с принятием УК РФ 1996 г. впервые в российском уголовном законодательстве в гл. 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» была закреплена норма об ответственности за злоупотребление полномочиями данной категорией лиц. Однако уголовно-правовая и криминологическая характеристика данного состава преступления будет рассмотрена ниже.*

§ 3. Становление и развитие в России частных охранных и детективных служб: эволюция норм, регламентирующих ответственность за служебные преступления частных охранников и детективов

I. Рассматривая вопрос о возникновении и развитии *частной охранной деятельности* в России, необходимо отметить, что практически на протяжении всей отечественной истории существовали охранники, стража, оберегающие что-либо или кого-либо. Так, например, обязанности по охране общественного порядка до учреждения в 1505 г. московской полиции выполняло особое управление, имевшееся в каждой части города. Оно состояло из объезжих голов, бояр с подьячими, решеточных приказчиков и сторожей.

Сторожами были обычные граждане, отправлявшие данную общественную земскую повинность натурой, которые должны были день и ночь непрестанно ходить каждый по своей улице, «чтобы бою, грабежу и никакого воровства и разврата не было»²³¹. Вместе с тем нормативного акта, непосредственно регламентирующего их деятельность, принято не было. Однако это не говорит о том, что они осуществляли свои охранные функции по своему усмотрению²³². Некоторые отрасли российского права (например, земельное, лесное) регулировали деятельность сторожей.

Достаточно детально определялись права и обязанности стражи лесным законодательством. Служащие лесной охраны делились на две категории – стражи казенных лесов²³³ и стражи частных лесных угодий. В соответствии с Уставом лесным 1872 г. на службу в лесную стражу поступали лица всех сословий в возрасте не моложе 21 года и «по возможности грамотные»²³⁴.

²²⁹ См.: СЗ РФ. 2001. № 33. Ст. 3422.

²³⁰ См.: Российская газета. 2008. 31 декабря.

²³¹ См.: Калейдоскоп // Мир безопасности. 1997. № 5. С. 20.

²³² См.: Асанов Р. Ф. Указ. соч. С. 16.

²³³ Стражи казенных лесов при определении на службу приводились к присяге мировым судьей, после чего они считались состоящими на государственной службе (см.: Приложение к ст. 93 «Положение о лесной страже в казенных лесах» // Устав лесной 1872 года / Сост. Д. Коковцев. СПб., 1876. С. 358).

²³⁴ См.: Устав лесной 1872 года / Сост. Д. Коковцев. СПб., 1876. С. 545.

В обязанности лесных сторожей входило: охрана лесов; наблюдение за лесами и лесными работами; воспрепятствование самовольным порубкам леса и др. В случаях необходимости они были обязаны оказывать содействие земской полиции в задержании разбойников, дезертиров и бродяг в лесах (ст. 192).

Наиболее широкие полномочия предоставлялись стражам казенных лесов. Особое значение законодатель придавал условиям применения ими оружия. Устав четко определял порядок использования огнестрельного оружия и предусматривал ответственность за «употребления без явной необходимости оружия». Статья 197 устанавливала, что офицеры лесного ведомства (лесничие) могут приказать употребить оружие лишь в случае точной необходимости, а именно:

а) при поимке разбойников, когда лесная стража наряжается для того по требованию земской полиции;

б) при насильственных порубках с огнестрельным оружием, когда порубщики приготавливаются к обороне;

в) для собственной обороны при самовольных порубках, хотя без вооружения, но когда самовольные порубщики приготавливаются напасть превосходящей силой на лесную стражу;

г) для собственной обороны при преследовании насильственных и самовольных порубщиков, если они нападают с целью избежания поимки²³⁵.

Статья 198 Устава лесного 1872 г. определяла право служителя лесной охраны на необходимую оборону. Характерное отличие данной нормы от предыдущей статьи выражалось в возможности применения оружия без соответствующего приказа лесного офицера, при наличии угрозы жизни и здоровью со стороны нападающих.

Если же при поимке и преследовании преступников лесные служители допускали применение оружия без явной необходимости и при этом причиняли посягателям раны, увечья или смерть, то они привлекались к уголовной ответственности по ст. 827 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., которая при определении наказания отсылала к ст. 1466 («убийство») и ст. 1494 («нанесение увечья, раны или иного повреждения здоровью») этого же источника²³⁶. Интересно, что, независимо от того, умышленно причинялся вред или по неосторожности, виновные привлекались к уголовной ответственности только по нормам, предусматривающим ответственность за неосторожное причинение смерти и неосторожное причинение вреда здоровью. Максимальный размер наказания за неосторожное причинение смерти и неосторожное причинение вреда здоровью определялся заключением в тюрьму на срок от 2 до 4 месяцев, минимальный размер (только в ст. 1494) – строгий выговор в присутствии суда.

Лесные офицеры в случае отдачи незаконного приказа подчиненным несли ответственность на тех же основаниях, что и исполнители. Указанное положение являлось весьма прогрессивным и необходимым для ограждения граждан от возможного произвола лиц, охраняющих лесные угодья²³⁷.

Поскольку кроме государственной стражи существовала стража частных лесов и вольнонаемная стража, в гл. 1 третьего раздела Устава лесного были закреплены положения, регламентирующие правовые основы их образования и деятельности. Так, в примеч. к ст. 1421 указанного источника определялось, что для надлежащего присмотра за исполнением правил, а также с целью охраны частных лесов от самовольных порубок владельцы были обязаны содержать при лесных дачах особых сторожей. По смыслу примечания под «особыми сторожами»

²³⁵ См.: Устав лесной 1872 года / Сост. Д. Коковцев. СПб., 1876. С. 56.

²³⁶ См.: Кузнецов А. П., Изосимов С. В. Ответственность за превышение полномочий служащими частных охранных или детективных служб // Юрист. 2000. № 11. С. 59.

²³⁷ См.: Асанов Р. Ф. Указ. соч. С. 18.

понимались лица, не состоящие на государственной службе, следовательно, они в полной мере относились к частным охранникам.

Необходимо подчеркнуть, что владельцы частных лесов в обязательном порядке должны были вводить штат сторожей. В случае отсутствия таковых подвергались денежному штрафу из расчета 30 копеек за каждый день без охраны. Судя по тому, что в дореволюционной России 10 % лесов находилось в частном владении²³⁸, число частных сторожей было достаточно внушительным.

Численность стражи определялась постановлением уездного дворянства, утвержденным губернатором. Лесные сторожа частных лесов подвергались непосредственному надзору земской полиции, которая «в случае надобности побуждала сторожей к исполнению их обязанностей»²³⁹.

Согласно положениям, закрепленным в Уставе лесном, в случаях преследования нарушителей закона о частном лесе и при защите от нападений со стороны лиц, нарушающих указанный закон, охранники частных лесных угодий наделялись правами, предоставленными стражам казенных лесов. Круг других прав и преимуществ, согласно правилам от 15 мая 1867 г., не распространялся на частных охранников²⁴⁰.

На основании ст. 568–570 Устава лесного и приложения к ст. 93 указанного источника стража частных лесов не относилась к органам правительственной власти. Вместе с тем необходимо отметить, что в примеч. к ст. 1421 Устава лесного было предусмотрено положение, согласно которому нарушители, виновные в оказании сопротивления частным сторожам, сопровождавшегося нанесением побоев, привлекались к уголовной ответственности как за неповиновение должностным лицам. Так, например, они могли быть подвергнуты наказанию по ст. 271 («сопротивление чиновнику в отпращивании должности») либо по ст. 285 («оскорбление чиновника побоями или насильственными действиями при исполнении им служебных обязанностей») и др. Однако данное обстоятельство не служило основанием к причислению частных сторожей к лицам, состоящим на государственной службе²⁴¹.

Таким образом, частные сторожа не признавались должностными лицами. Поэтому к уголовной ответственности за совершенные преступления и проступки по службе они привлекались на общих основаниях. Подтверждением тому являются, в частности, положения, закрепленные в диспозиции ст. 1622 отделения «О нарушении постановлений о частных лесах» Уложения о наказаниях уголовных и исправительных. В ней говорилось, что лесные чины, заведующие и управляющие частными лесами, а также лесные сторожа за повреждение, истребление, присвоение или растрату лесных материалов из вверенных дач и за другие преступления и проступки по заведованию частными лесами подвергаются общим наказаниям, определенным за данные преступления Уложением о наказаниях (ст. 1681, 1682, 1704, 1709 и 1711)²⁴². Иными словами, указанная норма содержала в себе ссыльную диспозицию.

Статьи 1681 и 1682 относились к привилегированным составам и закрепляли ответственность за присвоение и растрату. Наказание за данное преступление предусматривалось в виде ареста от 3 месяцев до 1 года. В случае же совершения данного деяния по легкомыслию или

²³⁸ См.: *Зайцев Д. М.* Лесное законодательство. СПб., 1913. С. 68.

²³⁹ См.: Устав лесной 1872 г. / Сост. Д. Коковцев. СПб., 1876. С. 298–299.

²⁴⁰ См.: *Шилов Д.* Порядок расследования нарушений Лесного устава. Руководство для лесничих, заведующих казенными и частными лесами и для мировых судей. СПб., 1879. С. 239.

²⁴¹ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. СПб., 1912. С. 564.

²⁴² Не основано на законе утверждение Д. А. Гришина о том, что в Уложении о наказаниях не было норм, по которым могли бы нести уголовную ответственность частные охранники (сторожа) (см.: *Гришин Д. А.* Уголовная ответственность за преступления в сфере интересов службы в коммерческих и иных организациях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2008. С. 14).

при добровольном возмещении причиненного ущерба наказание было более мягким – арест, но не свыше 3 месяцев.

За умышленное истребление или повреждение имущества, предоставленного на временное хранение (ст. 1704), частные сторожа могли подвергнуться наказанию в виде лишения всех прав и привилегий, с обязательным возмещением причиненного ущерба и отдачей в исправительные арестантские отделения 4-й или 5-й степени, что означало, согласно ст. 31 Уложения 1845 г. (в ред. 1885 г.), работы в указанных учреждениях, в первом случае – от 2,5 до 3 лет, во втором – от 1 до 1,5 года²⁴³.

Положения ст. 1709 предусматривали ответственность поверенных (представителей), которые допускали злоупотребления, выразившиеся в «сношениях или сделках с противниками своего доверителя во вред ему»²⁴⁴.

Статья 1711 Уложения о наказаниях признавала наказуемыми истребление, повреждение, присвоение, злонамеренную утайку или растрату вверенных актов или имущества. Однако данная норма не содержала собственной санкции и отсылала к наказаниям, закрепленным в ст. 1681, 1682 и 1622 указанного источника.

В отношении уголовного преследования нарушений, совершенных в частных лесах, имелась одна особенность, которая позволяла выделить их в особую группу. Статья 585 Устава лесного, а также ст. 18 и 20 Устава о наказаниях определяли, что возбуждение судебного преследования зависит от воли пострадавшего, а возбужденное преследование может быть прекращено за примирением²⁴⁵. Как видно, данное положение содержало принцип диспозитивности, и указанные преступления относились к делам частного обвинения. Отмеченное правило распространялось и на частных сторожей.

Таким образом, если совершенное преступление причиняло вред исключительно интересам частного собственника и тот не имел намерения привлечь виновного к ответственности, то частный сторож мог и не подвергаться мерам уголовно-правового воздействия, а его наказание в этом случае могло состоять в возмещении вреда лесовладельцу в гражданско-правовом порядке²⁴⁶.

В заключение еще раз следует подчеркнуть, что частные сторожа не признавались должностными лицами и подвергались наказаниям на общих основаниях, хотя и обладали некоторыми властными полномочиями, характерными для должностных лиц.

II. Письменные свидетельства о зачатках сыскной деятельности в России встречаются в древнейшем источнике русского права – «Русской правде», где описываются такие формы сыска, как «свод» и «гонение следа»²⁴⁷. Однако сыскные функции в это время осуществляли не специально созданные для данной деятельности органы, а сами потерпевшие, лица, на которых пало подозрение, члены общины²⁴⁸. Первые же попытки создания *частных детективных структур* начали предприниматься только в начале XX в.

Так, в 1910 г. в Министерство внутренних дел России поступило несколько ходатайств со стороны лиц, «занимающих видное положение», о разрешении основать в России «Всероссийское частное сыскное бюро». Авторы ходатайств указывали на важность инициативы в таком серьезном общественном деле. Однако данный проект встретил категорический отказ со сто-

²⁴³ См.: Асанов Р. Ф. Указ. соч. С. 19.

²⁴⁴ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. СПб., 1912. С. 1132.

²⁴⁵ См.: Шилов Д. Порядок расследования нарушений Лесного устава. Руководство для лесничих, заведующих казенными и частными лесами и для мировых судей. СПб., 1879. С. 241.

²⁴⁶ См.: Кузнецов А. П., Изосимов С. В. Ответственность за превышение полномочий служащими частных охранных или детективных служб // Юрист. 2000. № 11. С. 60.

²⁴⁷ См.: Елинский В. И. История уголовного сыска в России (X – начало XX в.): Учеб. пособие. М.: ИНФРА-М, 2004. С. 5.

²⁴⁸ См.: Гибов В. В. Сыскная полиция в механизме Российского государства (теоретический и историко-правовой аспекты): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 11.

роны официальных учреждений²⁴⁹. Назревшая революционная ситуация в России приостановила развитие экономических отношений. Это, безусловно, отразилось и на эффективности функционирования практически всех видов предпринимательской и иной экономической деятельности.

Между тем за рубежом довольно успешно шел процесс становления и развития частной сыскной деятельности. После революционных преобразований 1917 г. эта волна с небольшим опозданием докатилась и до молодой Советской России.

В 1922 г. структурами МВД были подготовлены и направлены в Совнарком два проекта декретов о частном розыском бюро и о частной охране²⁵⁰. По мнению начальника уголовного розыска НКВД Канцельсона, разработка документов была вызвана малочисленностью работников его ведомства для успешной борьбы с преступностью²⁵¹. По проекту декрета «О частном розыском бюро», в компетенцию частных розыскных бюро входили наряду с охранными функциями предупреждение и раскрытие преступлений против личных и имущественных интересов государственных и частных учреждений. В соответствии с § 4 и 5 данного проекта им воспрещалось принимать к производству наблюдение и сыск по делам исключительно личного, семейного и тому подобного характера, не связанным с предупреждением и раскрытием преступлений.

В § 8 проекта указывалось: «Если по ходу порученного бюро явится необходимость в производстве обыска, ареста, выемки или других нарушающих свободу граждан действий, то бюро должно обратиться к содействию органов милиции или уголовного розыска, от коих всецело зависит принятие на основании сообщенных сведений соответствующих мер».

Для открытия частных сыскных бюро, согласно проекту декрета, требовалось специальное разрешение народного комиссара внутренних дел. Работникам частных бюро не устанавливались никакие особые права и привилегии. За все совершенные или допущенные ими при осуществлении сыскной деятельности нарушения они должны были отвечать на равных со всеми гражданами основаниях²⁵².

Судьба проекта была predetermined основным курсом социального управления советского правительства в тот период, в основе которого лежала идея огосударствления всех сфер жизни общества. Об этом свидетельствует письмо в Совет народных комиссаров начальника уголовного розыска республики Визнера, сменившего инициатора проекта: он просил оставить проект без рассмотрения. Вскоре он своим приказом запретил открытие на местах частных сыскных бюро²⁵³.

В дальнейшем наблюдалось полное прекращение работы по созданию частного сыска в Советской России. Вместе с тем некоторые атрибуты этой деятельности продолжали существовать достаточно долгое время, трансформировавшись в различные общественные образования, одной из задач которых было предупреждение и раскрытие преступлений. Достаточно вспомнить общественных помощников следователей и т. д.

Поскольку частных сыскных агентств в нашей стране не было вплоть до настоящего времени, то, естественно, отсутствовали и нормы, предусматривающие ответственность за совершение преступлений служащими данных структур. Зарождение в России частной детективной деятельности (сыска) как социально значимого явления можно отнести только в конце XX в., когда принятие 11 марта 1992 г. Закона РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» положило начало формированию частной детек-

²⁴⁹ См.: Фридман М. Рабочее движение и агентство Пинкертон. СПб., 1910. С. 5.

²⁵⁰ См.: Агутин А. В. Частный детектив в уголовном процессе. Н. Новгород, 2001. С. 28.

²⁵¹ См.: Михайлов М. Частный сыск. Первая попытка // Советская милиция. 1991. № 2. С. 51.

²⁵² См.: Белорусов В., Шишов Е. Частный детектив в уголовном процессе: некоторые аспекты проблемы // Уголовное право. 2001. № 2. С. 54.

²⁵³ См.: Агутин А. В. Указ. соч. С. 29.

тивной и охранной деятельности – нового элемента негосударственной правоохранительной системы РФ. Дальнейшее развитие положения указанного источника получили в Федеральном законе от 22 декабря 2008 г. № 272-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного контроля в сфере частной охранной и детективной деятельности»²⁵⁴, призванном улучшить деятельность данных структур.

²⁵⁴ См.: СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6227.

Раздел II. Ответственность за служебные преступления в коммерческих и иных организациях по зарубежному законодательству

Глава 1. Ответственность за преступления, совершаемые управленческим персоналом коммерческих и иных организаций, по зарубежному законодательству

Глобализация мировой экономики настоятельно требует решения проблем гармонизации российского и зарубежного законодательства. И хотя в последнее время усилились тенденции сближения правовых систем, отражающие интеграционные процессы в экономике, существенные различия между системами права (в том числе применительно к противодействию служебно-экономической преступности в коммерческих и иных организациях) все еще сохраняются. Однако, несмотря на это, использование опыта государств с развивающейся и развитой экономикой является одним из эффективных направлений решения проблемы устранения пробелов в российском законодательстве²⁵⁵.

Французский ученый-юрист Марк Ансель, безусловно, прав, объясняя ценность изучения зарубежного права тем, что оно открывает перед правоведами новые горизонты, позволяет им лучше узнать право своей страны, ибо специфические черты этого права особенно отчетливо выявляются в сравнении с другими системами, вооружает юристов идеями и аргументами, которые нельзя получить даже при очень хорошем знании только собственного права²⁵⁶. Такое сравнение весьма полезно как с точки зрения уяснения положительного опыта законодательного регулирования соответствующих общественных отношений, так и в целях недопущения возможных законотворческих ошибок в той или иной сфере²⁵⁷.

В связи с этим полагаем необходимым отразить подход зарубежного уголовного законодательства к проблеме противодействия преступлениям, совершаемым лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях.

Поскольку в силу известных объективных и субъективных причин законодательная регламентация ответственности за преступления, совершаемые руководителями коммерческих и иных организаций, по законодательству стран с развитой рыночной экономикой и государств с развивающейся рыночной экономикой имеет существенные различия и специфические особенности, в рамках настоящего исследования представляется целесообразным разделить этот вопрос на два самостоятельных блока.

²⁵⁵ См.: Чупрова Е. В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 3.

²⁵⁶ См.: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. М.: Прогресс, 1981. С. 38.

²⁵⁷ См.: Шнитенков А. В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях. СПб., 2006. С. 56.

§ 1. Уголовная ответственность за служебные преступления управленческого персонала коммерческих и иных организаций по законодательству стран с развитой рыночной экономикой

США. Анализируя нормы американского уголовного законодательства, регулирующие ответственность за отдельные виды экономических преступлений (в том числе служебных преступлений управленческого персонала коммерческих и иных организаций), основное внимание необходимо сосредоточить на правовом регулировании тех отношений, которые складываются при совершении деяний, причиняющих наиболее значительный ущерб, и которые оказывают существенное влияние на общую картину экономической преступности. К числу таких видов преступлений ученые-криминологи США относят: взяточничество, мошеннические махинации «белых воротничков»²⁵⁸ (в том числе преступления, совершаемые ими с использованием служебного положения), налоговые преступления, нарушения законодательства в области охраны окружающей среды и др.²⁵⁹ Для нас наибольший интерес представляют, прежде всего, первые две группы преступлений. Говоря о взяточничестве, следует отметить, что в американском уголовном законодательстве и в уголовно-правовой доктрине принято различать четыре основные формы этого преступления:

- а) собственно взяточничество, представляющее собой посягательство на деятельность публичной администрации;
- б) так называемое коммерческое взяточничество;
- в) взяточничество, связанное с деятельностью профсоюзов;
- г) взяточничество в области спорта.

Указанными видами отнюдь не исчерпывается коррупция²⁶⁰, но, с точки зрения законодателя (и на федеральном, и на уровне штатов), чаще всего именно эти четыре области представляются наиболее существенными и заслуживающими того, чтобы подкуп лиц, занимающих в них соответствующее положение, стал объектом уголовного преследования.

Не останавливаясь на рассмотрении двух последних форм взяточничества, основное внимание уделим преступлениям, связанным с посягательством на деятельность публичной администрации, и коммерческому взяточничеству.

Наиболее подробно в американском законодательстве изложены нормы, регулирующие ответственность за взяточничество в сфере деятельности публичной администрации.

Общеупотребительный термин «публичный служащий» разъясняется применительно к данной категории преступлений в п. 7 ст. 240.00 Примерного УК: «Публичный служащий – это любое должностное лицо или служащий государства, включая законодателей и судей, и любое лицо, принимающее участие в осуществлении государственной функции в качестве присяжного заседателя, советника или консультанта или в каком-либо ином качестве»²⁶¹.

В разделе 18 Свода законов США ответственность за взяточничество, совершаемое должностными лицами, предусмотрена § 201 гл. 11 «Взяточничество, нечестные доходы и злоупотребление своим положением публичными должностными лицами».

²⁵⁸ Данный термин впервые был введен в криминологию американским профессором Эдвином Сазерлендом. Определение этого вида экономической преступности предполагает включение в него преступлений, совершаемых уважаемыми лицами, занимающими высокое социальное положение в процессе своей профессиональной деятельности.

²⁵⁹ См., напр.: Никифоров Б. С., Решетников Ф. М. Современное американское уголовное право. М.: Наука, 1990. С. 156; Багаутдинов Ф. Н., Хафизова Л. С. Финансовое мошенничество (уголовно-правовой и криминологический аспекты противодействия). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2008. С. 42; и др.

²⁶⁰ О сущности и содержании коррупционных преступлений см.: Kaufman D., Wei Shang-Jin. Does Grease Money Spread Up the Wheels of Commerce? // National Bureau of Economic Research. Working Paper 7093. 1999. April.

²⁶¹ Примерный уголовный кодекс США / Под ред. Б. С. Никифорова. М., 1969. С. 167.

Под теми, кто получает взятки, в контексте гл. 11 понимаются *три категории должностных лиц*:

а) публичные должностные лица, к которым относятся члены Конгресса, члены постоянных комиссий, служащие, наемные работники или лица, действующие от имени Соединенных Штатов, департаментов, представительств, органов исполнительной власти в силу официальных функций или на основании полномочий, а также присяжные;

б) лица, выбранные для исполнения обязанностей публичного лица, отобранные в качестве кандидатов или назначенные, если они уведомлены официально о предстоящем отборе или назначении;

в) специальные правительственные служащие, в число которых входят чиновники или служащие федеральных законодательного и исполнительного органов, любого независимого органа США, которые работают за вознаграждение или без него не менее 130 дней в году.

При этом субъектами взяточничества являются не только те, кто получает взятки, но и те, кто их дает²⁶².

В УК штата Пенсильвания норма об ответственности за рассматриваемое преступление (§ 4701 УК), помещенная в разделе «О преступлениях против публичного управления» (гл. 45–53 УК), в отличие от законодательств других штатов, формулируется в общей форме, без выделения ее видов по субъекту и объекту посягательства²⁶³.

Говоря о взяточничестве в сфере деятельности публичной администрации, необходимо рассмотреть и некоторые другие должностные преступления. Их субъектами могут быть управленческие работники коммерческих и иных организаций. Так, например, в число федеральных должностных преступлений включаются и действия служащих банков, которые могут причинить ущерб федеральной банковской системе. Должностные лица, директора или работники по найму какого-либо банка, входящего в Федеральную резервную систему или застрахованного Федеральной страховой корпорацией, Национальной сельскохозяйственной кредитной корпорацией, предлагающие инспектору банка кредит или чаевые, совершают преступление, наказуемое штрафом до 5 тыс. долл. и (или) лишением свободы на срок до 1 года. Такое же наказание ждет и самих инспекторов банков, если они принимают кредит или чаевые.

Любой служащий банка, вклады в который застрахованы Федеральной страховой корпорацией, служащий Федерального банка промежуточного кредитования или Национальной сельскохозяйственной кредитной корпорации, который за комиссионные или подарки способствует получению кредита лицом, фирмой и корпорацией, совершает аналогичное преступление (§ 215).

Как должностное преступление рассматривается также злоупотребление служебным положением публичными и частными банковскими контролерами. Наряду с публичными служащими уголовную ответственность за должностные преступления несут и партийные чиновники²⁶⁴.

Необходимо отметить, что значительная доля рассматриваемых преступлений связана с заключением контрактов между властями и частными фирмами на поставку товаров, производство работ, оказание услуг и т. п. Заключение таких контрактов для многих фирм является необходимым условием существования, и не приходится удивляться их готовности оплачивать «услуги» соответствующих должностных лиц, уполномоченных заключать контракты от имени властей на местном или федеральном уровне²⁶⁵.

²⁶² См.: Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах. М.: Юридическая литература, 1994. С. 62–63.

²⁶³ См.: Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах. М.: Юридическая литература, 1994. С. 75.

²⁶⁴ См.: Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах. М.: Юридическая литература, 1994. С. 67, 70.

²⁶⁵ См.: Изосимов С. В. Зарубежное уголовное законодательство: ответственность за служебные преступления в коммерче-

Для настоящего исследования особый интерес представляют нормы о так называемом *коммерческом взяточничестве* (именно так именуется коммерческий подкуп в нормативных правовых актах уголовно-правового характера). В отличие от взяточничества в сфере публичной администрации, предусмотренного УК всех без исключения штатов и федеральным законодательством, коммерческое взяточничество наказывается только в некоторых штатах (не более чем в 10)²⁶⁶. В федеральном законодательстве установлена уголовная ответственность лишь за получение взяток и «вознаграждений» служащими федеральных банков и некоторых других финансовых учреждений за предоставление ссуд, продление кредита и другие операции, благоприятствующие частным лицам, фирмам или корпорациям (раздел 18 Свода законов США, ст. 215, 216). Служащие финансовых учреждений, виновные в этих преступлениях, могут быть наказаны лишением свободы на срок до 1 года, а ответственность взяткодателей вообще не предусмотрена. В принципе, они могут быть привлечены к ответственности, но лишь в качестве соучастников или участников «сговора». Кстати, нормы, предусматривающие ответственность за указанные деяния, относятся к должностным преступлениям²⁶⁷.

Интересно, что в законодательстве тех штатов, где установлена ответственность за коммерческое взяточничество, нормы о нем помещены не в разделах о должностных преступлениях, вместе с посягательствами в сфере публичной администрации, а в разделах об имущественных преступлениях²⁶⁸. Следует отметить, что рассматриваемое противоправное деяние не является четко определенным уголовно-правовым деликтом²⁶⁹. Коммерческое взяточничество трактуется как разновидность мошенничества, одна из форм обмана в области частного бизнеса, как и рекомендует Примерный УК (ст. 224.8)²⁷⁰.

Сама коммерческая взятка определяется как дача или получение вознаграждения с целью повлиять на какого-либо служащего, чтобы он нарушил или не исполнил свои обязанности, возложенные на него его корпорацией или частным лицом.

В УК штата Нью-Йорк, где статьи о коммерческом взяточничестве помещены в разделе «Преступления, связанные с мошенничеством» (наряду с нормами о подлоге, обмане кредиторов и т. п.), это преступление определяется следующим образом: «Лицо виновно в даче или получении коммерческой взятки, если оно предоставляет или дает согласие предоставить какую-либо выгоду или предлагает такую выгоду любому служащему, агенту или доверенному лицу без согласия своего начальника или главы корпорации с намерением повлиять на его поведение в делах наймодателя или руководителя» (§ 180.00).

В § 180.05 предусматривается уголовная ответственность любого служащего, агента или доверенного лица, виновного в получении коммерческой взятки, когда он без согласия своего директора или работодателя вымогает, принимает или соглашается принять какое-либо вознаграждение от другого лица и когда он понимает и соглашается, что это вознаграждение окажет влияние на его поведение при ведении дел его работодателя или главы корпорации²⁷¹. Таким

ских и иных организациях: Учеб. пособие. Н. Новгород: Изд-во Волго-Вятской академии государственной службы, 2004. С. 9.

²⁶⁶ См.: Никифоров Б. С., Решетников Ф. М. Указ. соч. С. 164.

²⁶⁷ См.: Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах. М.: Юрид. лит., 1994. С. 64–67.

²⁶⁸ См., напр.: Уголовный кодекс штата Нью-Йорк // Уголовное право буржуазных стран: Общая часть: Сб. законодательных актов / Под ред. А. Н. Игнатова, И. Д. Козочкина. М.: Университет дружбы народов, 1994. С. 84; Уголовный кодекс штата Техас / Под науч. ред. И. Д. Козочкина; пер. с англ. Д. Г. Осипова, И. Д. Козочкина. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. С. 326; и др.

²⁶⁹ По мнению Л. П. Тумаркиной, такой законодательный подход к регламентации ответственности за коммерческое взяточничество является неверным, так как «обширный характер категории "взяточничество" только лишним раз вводит правоприменителя в заблуждение относительно того, является ли действие действительно коммерческим подкупом или речь идет вообще о взяточничестве (в широком смысле слова), при котором передаются блага самого различного характера» (Тумаркина Л. П. Коммерческий подкуп. М.: ИД «Камерон», 2005. С. 137).

²⁷⁰ См.: Примерный уголовный кодекс США / Под ред. Б. С. Никифорова. М., 1969. С. 158.

²⁷¹ См.: Никифоров Б. С., Решетников Ф. М. Указ. соч. С. 164.

образом, видно, что УК штата Нью-Йорк разделяет коммерческий подкуп (передачу незаконного вознаграждения) и получение коммерческой взятки, предусматривая ответственность за них в двух самостоятельных нормах.

Наиболее существенным элементом этих преступлений является «намерение» оказать влияние или «понимание» того, что взятка окажет влияние на поведение служащего или доверенного лица²⁷².

УК штата Техас также содержит статью об ответственности за коммерческий подкуп. Она располагается в подглаве D («Иные виды обманной практики») главы 32 («Мошенничество») раздела 7 («Посыгательства против собственности») Особенной части названного источника. Часть первая ст. 32.43 («Коммерческий подкуп») устанавливает ответственность субъекта, получающего незаконное вознаграждение: «Лицо, являющееся поверенным²⁷³, совершает посягательство, если без надлежащего согласия выгодоприобретателя²⁷⁴ намеренно или осознанно просит, принимает или соглашается принять любое благо от другого лица по соглашению или осознавая, что такое благо окажет влияние на поведение поверенного по отношению к делам выгодоприобретателя», а часть вторая предусматривает ответственность субъекта, передающего предмет подкупа: «Лицо совершает посягательство, если оно предлагает, предоставляет или соглашается предоставить любое благо, принятие которого составляет посягательство, предусмотренное частью первой настоящей статьи»²⁷⁵.

Как видим, технико-юридическая конструкция данной нормы напоминает ст. 204 УК РФ, в которой так же, как и в УК штата Техас, преступления, предусматривающие ответственность за дачу и за получение коммерческого подкупа, объединены в одной норме.

Однако, в отличие от законодательных установлений российского УК, определяющих ответственность за взяточничество и подкуп, в которых содержится указание на то, что может выступать в качестве предмета данных преступлений, в нормах американского уголовного законодательства не дается определения предмета коммерческой взятки. По сложившейся в США практике предметом коммерческого подкупа (взятки) могут выступать деньги, имущество, услуги и «что-нибудь, имеющее ценность». Для признания подкупа незаконным не требуется установления наличия денежной стоимости предмета подкупа. Важно, что этот предмет является ценным в глазах того, кому он передается, и эта взятка может повлиять на его поведение²⁷⁶. Таким образом, получается, что по американскому уголовному законодательству предметом взятки могут быть и различные нематериальные блага²⁷⁷.

Как правило, взятка представляет собой денежное вознаграждение, которое прямо передается агенту, служащему или доверенному лицу. Однако обычно все это происходит в завуалированной форме. Это может быть, например, приглашение на прием, оплаченное взяткодателями. Взятка может передаваться не непосредственно получателю, а, допустим, через членов его семьи. Так, например, в законодательстве штата Миссисипи взяткой признается получение денег, товаров, движимого имущества, права на какие-либо действия агентом или его женой. По законодательству штата Айова взяткой признается получение для своего пользо-

²⁷² См.: Изосимов С. В. Зарубежное уголовное законодательство: ответственность за служебные преступления в коммерческих и иных организациях: Учеб. пособие. Н. Новгород, 2004. С. 11.

²⁷³ «Поверенный» означает: а) агент или служащий; б) доверительный собственник, попечитель, опекун, администратор, распорядитель наследственным имуществом, хранитель, конкурсный управляющий или подобный поверенный; с) юрист, врач, бухгалтер, оценщик или иной профессиональный консультант; d) должностное лицо, член совета директоров или товарищества, управляющий или иное лицо, участвующее в управлении делами корпорации или ассоциации (см.: Уголовный кодекс штата Техас / Под науч. ред. проф. И. Д. Козочкина; пер. с англ. Д. Г. Осипова, И. Д. Козочкина. СПб.: Издательство Р. Аслана «Юридический центр Пресс», 2006. С. 326).

²⁷⁴ «Выгодоприобретатель» означает лицо, в интересах которого действует поверенный (см.: Там же. С. 326).

²⁷⁵ «Выгодоприобретатель» означает лицо, в интересах которого действует поверенный (см.: Там же. С. 326, 327).

²⁷⁶ См.: Уголовное право Соединенных Штатов Америки. М., 1991. С. 127.

²⁷⁷ См.: Тумаркина Л. П. Указ. соч. С. 137.

вания, прямо или косвенно, любого подарка, комиссионных, скидки или вознаграждения. В большинстве штатов обязательным элементом преступления является незнание главы корпорации или директора о получении взятки его служащим или агентом. Причинение же ущерба директору не является необходимым элементом преступления. В понятие «коммерческое взяточничество» судебной практикой не включаются случаи получения подарка со стороны продающей какие-либо товары фирмы служащим фирмы, покупающей эти товары, если не доказано, что этот подарок мог повлиять на его верность интересам «своей» фирмы²⁷⁸.

Несмотря на то, что коммерческий подкуп имеет достаточно широкую распространенность, правоохранительные органы в США не ведут серьезной борьбы с этим преступлением, считая, что соответствующие частные фирмы должны сами защищать свои интересы, а те чаще всего совершенно не заинтересованы в передаче дела в суд, опасаясь связанной с этим газетной шумихи, которая может отрицательно сказаться на репутации фирмы. Даже в тех штатах, где за эти деяния предусмотрена уголовная ответственность, они относятся к категории таких преступлений, за которые, по образному выражению одного американского исследователя, «полагается не большее наказание, чем за плевки на пол в общественном месте». Так, УК штата Нью-Йорк относит оба вида коммерческого взяточничества к мисдиминарам класса “В”, т. е. расценивает их как преступления менее опасные, чем даже получение или передача чаевых за совершение вполне законных действий служащих государственных учреждений, которые отнесены этим Кодексом к мисдиминарам класса “А”.

Среди преступлений «белых воротничков» особое место занимают общественно опасные деяния, совершаемые как бы «изнутри», когда управленческие работники коммерческих организаций, злоупотребляя полномочиями по службе, причиняют вред интересам той организации, в которой они работают. Однако по американскому законодательству предусматриваются разные уровни такой ответственности²⁷⁹.

Американский профессор М. П. Дули описывает две теоретические модели управления корпорациями. Первая – «авторитарная модель», направленная на сохранение власти управляющих в наиболее полном объеме. Вторая – «модель ответственности», которая предусматривает ответственность директоров и возможность тщательного судебного контроля за их решениями. Ни одна из этих моделей не существует в чистом виде. Они противоположны друг другу, но элементы каждой из них способствуют нормальному функционированию компании. Поэтому, по мнению М. П. Дули, законы, регулирующие управление корпорациями, должны быть направлены на создание наиболее эффективного соотношения между этими двумя моделями²⁸⁰.

В соответствии с законодательством США совету директоров корпораций предоставляются широкие полномочия, и именно на него возлагается ответственность за управление соответствующей компанией. В связи с этим особую важность приобретает вопрос об ответственности директоров за злоупотребление своими служебными обязанностями (хотя ответственность может также возлагаться и на иных должностных лиц корпорации).

По мнению О. Н. Сыроедовой, регулирование ответственности управляющих компаниями по американскому праву может быть разделено на две основные группы:

- а) ответственность за незаконную выплату дивидендов акционерам и иные незаконные выплаты;
- б) ответственность за нарушение обязанностей перед корпорацией и акционерами²⁸¹.

²⁷⁸ См.: Никифоров Б. С., Решетников Ф. М. Указ. соч. С. 165.

²⁷⁹ См.: Сыроедова О. Н. Ответственность управляющих компаниями (сравнительный анализ законодательства США и России) // Государство и право. 1995. № 10. С. 68.

²⁸⁰ См.: Dooley M. P. Two Models of Corporate Governance // Business Lawyer. 1992. N 47. P. 463–464.

²⁸¹ Встречаются и некоторые иные, менее типичные случаи ответственности, например ответственность управляющих перед кредиторами при совершении ими рискованных операций в тот момент, когда корпорация находится на грани банкрот-

Первая группа правовых механизмов существует в основном в целях защиты прав кредиторов корпораций и владельцев привилегированных акций. Американское право устанавливает жесткие ограничения на выплату дивидендов и иные выплаты, и управленцы несут персональную ответственность за осуществление незаконных выплат. Кредиторы корпорации, сама корпорация (например, если был выбран новый состав совета директоров) и привилегированные акционеры, права которых были нарушены выплатой дивидендов, могут предъявить иск к директорам корпорации за незаконную выплату дивидендов. Обычно вопрос об ответственности управленческого персонала за незаконную выплату дивидендов возникает в случае банкротства корпорации.

Особый интерес представляет другая группа правовых механизмов, которая позволяет акционерам самой корпорации реагировать на случаи, когда ее управленческий персонал действует не в интересах корпорации или акционеров, а в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо в целях нанесения вреда другим лицам. Эта концепция основывается на той идее, что лица, выполняющие управленческие функции, являются доверенными лицами акционеров и корпорации. Поэтому на них лежат «обязанности доверенных лиц» (*fiduciary duties*), которые традиционно разделяются на «*обязанность лояльности*» (*duty of loyalty*) и «*обязанность должной степени заботливости*» (*duty of care*). Эти категории иногда переплетаются, и порой на практике их трудно бывает различить.

1. «*Обязанность лояльности*» иногда называют «обязанностью справедливого ведения бизнеса». В. П. Мозолин выделяет ее в качестве наиболее важной²⁸². «Эта доктрина общего права, развитая американскими судами, в основном касается тех случаев, когда директор лично заинтересован в сделке. Директора можно привлечь к ответственности за нарушение обязанности лояльности, если он действует в своих собственных интересах, а не в интересах корпорации»²⁸³. Эта концепция отражена в тех положениях законов о корпорациях, которые посвящены «противоречиям интересов» (*conflict of interests*)²⁸⁴.

В официальном комментарии к Примерному закону о предпринимательских корпорациях²⁸⁵ указывается: «...важно твердо помнить о том, что мы имеем дело именно с возможным риском – „противоречие интересов“ само по себе не является преступлением или правонарушением либо обязательно причиняет ущерб другим. В противоположность широкому пониманию, иметь „противоречие интересов“ – не значит быть в этом „виноватым“, это просто состояние дел. Наоборот, во многих ситуациях корпорация и акционеры получают значительную выгоду от сделки, несмотря на наличие „противоречия интересов“»²⁸⁶

ства (см.: Сыроедова О. Н. Указ. соч. С. 68).

²⁸² См.: Мозолин В. П. Правовое положение предпринимательских корпораций и основные тенденции развития законодательства о корпорациях в США: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 22.

²⁸³ См.: Сыроедова О. Н. Указ. соч. С. 69.

²⁸⁴ Современное американское законодательство обычно предусматривает случаи, когда при «противоречии интересов» ответственность на управляющих компаниями не возлагается. При этом принимается во внимание то, что само по себе наличие «противоречия интересов» не является достаточным основанием для того, чтобы сделку можно было оспорить (так как такая сделка не обязательно будет совершена в ущерб интересам корпорации).

²⁸⁵ Примерный закон о предпринимательских корпорациях (Model Business Corporation Act) был принят Американской ассоциацией юристов в 1969 г. В 1984 г. он был принят в новой редакции (Revised Model Business Corporation Act), в которую впоследствии неоднократно вносились изменения.

²⁸⁶ Official Comment to Subchapter F of Article 8 of the Revised Model Business Corporation Act (American Bar Association. Model Business Corporation Act Revised Through 1994, Official Text With Official Comments and Statutory Cross-References). Согласно американскому законодательству, директор имеет «противоречие интересов», если при рассмотрении сделки он знает, что у него или у его близких есть финансовая заинтересованность в результатах сделки и можно обоснованно предположить, что этот факт может повлиять на его позицию при принятии какого-либо решения. «Противоречие интересов» усматривается также в случае, если стороной в сделке либо стороной, имеющей финансовую заинтересованность, является лицо, на которое директор каким-либо образом работает. Иногда законы штатов специально предусматривают, что устав корпорации может накладывать дополнительные ограничения на сделки между корпорацией и директорами (см., напр.: Section 713 (d) of New York Business Corporation Law, effective September 1, 1963, as amended (New York Laws Corporations, 73 rd. ed., 1992)).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.