

Н. А. Егорова

НЕЗАКОННОЕ УЧАСТИЕ В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОТВОРЧЕСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

В статье затронут вопрос об ответственности публичных служащих за незаконную деловую активность по уголовному законодательству зарубежных стран. Показаны основные проблемы толкования и применения ст. 289 Уголовного кодекса России; предложен проект новой редакции данной статьи.

Ключевые слова: коррупционное преступление, должностное лицо, незаконное участие в предпринимательской деятельности, участие в управлении организацией, доход в крупном размере.

N. A. Egorova

ILLEGAL PARTICIPATION IN ENTREPRENEURIAL ACTIVITIES: SOME PROBLEMS OF LAW-MAKING AND LAW ENFORCEMENT

The article raises an issue about the responsibility of public servants for illegal business activities according to the criminal legislation of foreign countries. The author shows the main problems of interpretation and application of Article 289 of the Criminal Code of Russia and offers the draft of a revised version of this Article.

Keywords: corruption crime, official, illegal participation in entrepreneurial activities, participation in the organization management, large-scale profits.

Преступление, предусмотренное ст. 289 Уголовного кодекса (далее — УК) Российской Федерации, представляет собой частный случай конфликта интересов в сфере публичной службы, точнее одну из наиболее опасных и потому криминализированных его форм. В России данное преступление отнесено к числу безусловно коррупционных [1]. Однако в отличие от составов традиционных преступлений данного вида (взяточничества и коммерческого подкупа) состав незаконного участия в предпринимательской деятельности и возможности усвоения его нормативного закрепления изучены в гораздо меньшей степени.

Отношение зарубежных законодателей к запрещенной коммерческой деятельности государственных служащих практически везде отрицательное и тем не менее неоднозначное: от признания содеянного дисциплинарным проступком до придания ему статуса должностного преступления. В тех же государствах, где такое поведение уголовно наказуемо, наблюдается разнообразие подходов к пониманию его существенных признаков [2, с. 463—464]. В одних государствах ответственность за такого рода деяния связывается с участием субъекта в коммерческой

деятельности, во-первых, не только юридических, но и физических лиц («частных обществ или частных лиц» — ст. 441 УК Испании [3]); во-вторых, в любой форме («своим трудом, советом или капиталом» — ст. 432-12 УК Франции [4], «косвенно либо прямо в заключении договора о работе или поставке товаров» — ст. 376 УК Голландии [5]); в-третьих, наказуемость участия публичного служащего в предпринимательской деятельности обуславливается наличием у виновного каких-либо должностных полномочий в отношении юридического или физического лица, в коммерческой деятельности которого он участвует, либо с причинением вреда интересам общества (ст. 314 УК Швейцарии [6]).

В пределах правового пространства СНГ, напротив, составы незаконного участия в предпринимательской деятельности не имеют принципиальных различий и в целом соответствуют ст. 304 Модельного уголовного кодекса — рекомендательного законодательного акта для Содружества Независимых Государств, принятого 17 февраля 1996 г.

Простое сопоставление признаков преступного поведения по их описанию в российском и зарубежном уголовном законодательстве —

занятие интересное, но неблагодарное. Несмотря на доступность текстов уголовных кодексов иностранных государств, нам не хватает достоверной информации о практике их применения, в связи с чем некорректно делать категоричные выводы о достоинствах и недостатках норм зарубежного уголовного права [7, с. 69]. Можно только предположить, что в государствах СНГ нормы о незаконном участии в предпринимательской деятельности, так же как и в России, применяются не очень часто [8].

В то же время за период действия российского УК 1996 г. накопилось достаточно данных, позволяющих увидеть изъяны как редакции ст. 289 УК, так и практики ее применения.

Криминообразующие признаки, в своей совокупности указывающие на уголовно наказуемое участие должностного лица в предпринимательской деятельности, по российскому УК следующие: 1) узкоспециальный субъект — должностное лицо, которому законом запрещено заниматься предпринимательской деятельностью; 2) осуществление запрещенной предпринимательской деятельности в связи с функционированием организации, которую должностное лицо учреждает, либо в управлении которой участвует; 3) сопряженность деяния с предоставлением такой организации льгот и преимуществ или с покровительством в иной форме.

Вопросы возникают, пожалуй, при квалификации по каждому из названных признаков. Иногда забывают о том, что субъектом рассматриваемого преступления может быть не любое должностное лицо, а только то, для которого законом (а не иным нормативным правовым актом) установлен запрет на занятие предпринимательством.

Допускаются квалификационные ошибки, связанные с неправильным пониманием объективной стороны рассматриваемого преступления, а именно — с игнорированием содержания понятий «учреждение организации» и «участие в управлении организацией», которые не охватывают регистрацию лица в качестве индивидуального предпринимателя и деятельность лица в таком качестве [9].

Не всегда надлежащим образом доказывается связь деяния с предоставлением организации льгот и преимуществ или с покровительством в иной форме.

Северодвинским городским судом Архангельской области был оправдан А., обвиняемый в преступлении, предусмотренном ст. 289 УК РФ. Суд пришел к выводу о том, что представленные сторонами доказательства не свидетельствуют

о предоставлении А., должностным лицом Роспотребнадзора, с использованием его должностных полномочий в процессе создания ООО «Плаза» и последующего управления предпринимательской деятельностью общества, льгот и преимуществ данной коммерческой организации, а также оказании ей покровительства в иной форме. Поэтому состав преступления, предусмотренный ст. 289 УК РФ, в деянии А. отсутствует, и он подлежит оправданию на основании п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК РФ [10].

Недостаточно конкретным видится понятие «участие в управлении организацией». В науке уголовного права и практике его применения данный термин иногда толкуется расширительно.

Согласно приговору Бардымского районного суда Пермского края незаконное участие в предпринимательской деятельности подсудимого А-ва выразилось, в частности, в том, что А-в лично и через доверенное лицо (К.) участвовал в управлении ООО «АК»: вел от его имени деловые переговоры, фактически осуществлял полномочия по представлению интересов данного общества и совершению им сделок, отнесенные ст. 40 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» к компетенции единоличного исполнительного органа общества [11].

Такое понимание судом признака «участие в управлении организацией» вызывает сомнения. Управление — деятельность властная, и ведение деловых переговоров не может быть отнесено к таковой.

Поскольку неустранимые сомнения толкуются в пользу обвиняемого, следует прийти к выводу о том, что не является участием в управлении организацией юридическое или фактическое осуществление функций руководителя структурного подразделения этой организации, а равно иные формы участия в ее деятельности (ведь в диспозиции ст. 289 УК РФ речь идет об участии в управлении организацией) [12].

Участие должностного лица в предпринимательской деятельности незаконно по

сути, поэтому и управление организацией может иметь место как при соблюдении надлежащей правовой формы, так и при отсутствии таковой.

И., начальник отдела Управления Федеральной миграционной службы России по Краснодарскому краю в Темрюкском районе, лично принимал участие в управлении коммерческой организацией ООО «Виктория», возглавляемой Е. В., учредителем которой являлась его жена Л. А. Установлено, что И. определял размер денежных выплат за предоставление услуг иностранным гражданам, выплату заработной платы и премий сотрудникам, содержание штата работников данной фирмы, решал вопросы приема на работу и увольнения, а также предоставлял данной организации льготы и преимущества при оформлении документов на иностранных граждан в Управлении ФМС России по Краснодарскому краю в целях извлечения материальной выгоды [13].

Фактически деятельность И. была управленческой, поскольку он неофициально принимал решения в сфере трудовых правоотношений, отнесенные законодательством к компетенции руководителя организации.

Приведенные примеры сигнализируют не только о необходимости официальных разъяснений высшей судебной инстанции по обозначенным проблемам. Они свидетельствуют и о несовершенстве самого уголовного законодательства об ответственности за незаконное участие в предпринимательской деятельности.

В ряде источников предлагается распространить действие ст. 289 УК РФ на должностных лиц, занимающихся индивидуальной предпринимательской деятельностью [14]. Отчасти с этим можно согласиться. Предпринимательство таких субъектов, осуществляемое без образования юридического лица, не исключает конфликта интересов на службе, широкомасштабности и высокой доходности незаконной деятельности.

Однако не любое незаконное участие должностных лиц в коммерческой деятельности следует признавать преступлением. Криминализации заслуживают только самые опасные проявления запрещенной деловой активности должностных лиц. К тому же важно не нарушить баланс уголовно-правовых и иных способов противодействия коррупции.

В литературе отмечается, что примеры из практики применения ст. 289 УК РФ демонстрируют не только характер опасности этого деяния, но и степень общественной опасности, которая выражается в ущербе, причиняемом этим преступлением [15, с. 122]. Такой ущерб всегда причиняется основному непосредственному объекту, охраняемому данной статьей — общественным отношениям, обеспечивающим управленческую деятельность должностных лиц в соответствии с требованием закона о запрете занятия предпринимательством. Этим определяется характер общественной опасности рассматриваемого преступления. Степень же общественной опасности незаконного участия в предпринимательской деятельности измеряется объемами незаконной деятельности субъекта, одним из показателей которых выступает размер дохода, полученного виновным.

Поэтому, соглашаясь с доводами сторонников криминализации индивидуального предпринимательства должностных лиц, полагаю необходимым введение в диспозицию ст. 289 УК РФ такого обязательного признака, как извлечение дохода в крупном размере. С учетом того, что законный порядок предпринимательской деятельности, по логике нашего законодателя, выступает дополнительным объектом данного преступления, нижняя граница крупного размера дохода может быть установлена на том же уровне, что и для незаконного предпринимательства (ч. 1 ст. 171 УК РФ) — см. примечание к ст. 169 УК РФ.

Целесообразно отказаться и от такого признака состава, как участие в управлении организацией, заменив его признаком участие в предпринимательской деятельности организации, и тогда многие вопросы толкования диспозиции ст. 289 УК РФ будут сняты. Как отмечал Б. В. Волженкин, предпринимательство — «это система, совокупность последовательно совершаемых действий, направленных на получение прибыли» [16, с. 184]. Участие в предпринимательской деятельности юридического лица возможно в разнообразных формах, оно не сводится к непосредственному осуществлению управленческих функций в данной организации. Последнему предшествует продуцирование идей,

разработка бизнес-планов, поиск путей их осуществления и т. п. [17, с. 71].

На основании изложенного, редакцию ст. 289 УК РФ можно изменить следующим образом:

«Статья 289. Незаконное участие в предпринимательской деятельности

Учреждение должностным лицом организации, осуществляющей предпринимательскую деятельность, либо участие в предпринимательской деятельности такой организации лично или через доверенное лицо вопреки запрету, установленному законом, если эти деяния связаны с предоставлением такой организации льгот и преимуществ или с покровительством в иной форме и сопряжены с извлечением дохода в крупном размере, — наказываются...

Осуществление должностным лицом индивидуальной предпринимательской деятельности вопреки запрету, установленному законом, лично, а равно через доверенное лицо, если эти деяния связаны с покровительством такой деятельности и сопряжены с извлечением дохода в крупном размере, —

наказывается...

Независимо от внесения изменений в редакцию ст. 289 УК РФ необходимы разъяснения Пленума Верховного суда РФ по вопросам квалификации незаконного участия в предпринимательской деятельности. К сожалению, в широко обсуждавшемся проекте постановления Пленума Верховного суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях» такие положения отсутствуют, в связи с чем нами предложено дополнить проект разъяснениями следующего содержания:

Согласно уголовному закону, в котором не уточняется вид организации, осуществляющей предпринимательскую деятельность, под таковой подразумеваются как коммерческая, так и некоммерческая организация. В соответствии с п. 3 ст. 50 ГК РФ некоммерческие организации также вправе осуществлять предпринимательскую деятельность, но лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям.

Под учреждением организации имеется в виду совершение действий, направленных на создание юридического лица: передача имущества учредителем в качестве вклада, заключение учредительного договора, утверждение устава (ст.

52 ГК РФ). Поскольку по гражданскому законодательству допустимо наличие как одного, так и нескольких учредителей юридического лица (п. 1 ст. 52 ГК РФ), то состав незаконного участия в предпринимательской деятельности имеет место независимо от того, выступает должностное лицо единственным учредителем юридического лица или одним из нескольких. Учреждение организации предполагает ее государственную регистрацию (ст. 51 ГК РФ). Создание не предусмотренных законодательством, но фактически осуществляющих предпринимательскую деятельность структурных подразделений государственных органов и органов местного самоуправления не образует состава незаконного участия в предпринимательской деятельности. В таких ситуациях возможна ответственность создателей и руководителей структурных подразделений за злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ) или за превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ).

Участие в управлении организацией означает голосование должностного лица на общих собраниях, членство в исполнительном органе юридического лица, а равно фактическое (лично или через доверенное лицо) выполнение функций, отнесенных законодательством к компетенции органов управления юридического лица.

Объективная сторона незаконного участия в предпринимательской деятельности возможна как в форме личного участия должностного лица в управлении названной организацией, так и в участии через доверенное лицо. Такое лицо не является субъектом преступления, предусмотренного

ст. 289 УК РФ, поэтому в соответствии с ч. 4 ст. 34 УК РФ должно нести уголовную ответственность в качестве пособника незаконного участия в предпринимательской деятельности.

Субъектом незаконного участия в предпринимательской деятельности может быть лишь такое должностное лицо, которому именно законом (а не подзаконным нормативным или индивидуальным правовым актом) запрещено заниматься предпринимательской деятельностью.

Не может быть признано участием в управлении организацией осуществление функций руководителей структурных подразделений (отделов, служб и т. п.) организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

По ст. 289 УК РФ не могут квалифицироваться действия должностных лиц, которые, вопреки законодательному запрету, осуществляли предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (в качестве индивидуальных предпринимателей)».

Примечания

1. Перечень № 23 преступлений коррупционной направленности (утв. указанием Генеральной прокуратуры РФ и Министерства внутренних дел РФ от 15 февраля 2012 г. № 52-11/2) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

2. Додонов В. Н., Капинус О. С., Щерба С. П. Сравнительное уголовное право. Особенная часть.

М., 2010.

3. Уголовный кодекс Испании. М., 1998.

4. Уголовный кодекс Франции. СПб., 2002.

5. Уголовный кодекс Голландии. СПб., 2001.

6. Уголовный кодекс Швейцарии. М., 2000.

7. О необходимости системного подхода в сравнительно-правовых исследованиях см. подробнее: Ведерникова О. Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика // Гос-во

и право. 2004. № 1.

8. Так, в Республике Беларусь в период с 2001 по 2011 гг. зарегистрировано всего 7 преступлений, предусмотренных ст. 429 УК РБ («Незаконное участие в предпринимательской деятельности»), вынесено 2 обвинительных приговора (Войтова Д. А. Некоторые вопросы толкования «незаконного участия в предпринимательской деятельности» в контексте статьи 429 Уголовного кодекса Республики Беларусь // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции. 2011. № 4. С. 92.).

9. Такого рода примеры подробно проанализированы нами в одной из публикаций. См.: Криминалист. 2008. № 3. С. 20—24.

10. Приговор Северодвинского городского суда Архангельской области от 26 июня 2012 г. по делу

№ 1-110/2012 [Электронный ресурс]. URL: <http://rospravosudie.com/court-severodvinskij-gorodskoj-sud-arxangelskaya-oblast-s/act-106375816> (дата обращения: 19.05.2013).

11. Приговор Бардымского районного суда Пермского края от 6 августа 2012 г. по делу № 1-41/2012 [Электронный ресурс]. URL: <http://rospravosudie.com/court-bardymskij-rajonnyj-sud-permskij-kraj-s/act-106572113> (дата обращения: 19.05.2013).

12. В науке высказано и противоположное мнение по этому вопросу. См., напр.: Уголовно-правовой анализ незаконного участия в предпринимательской деятельности / С. В. Изосимов [и др.]. Н. Новгород, 2010. С. 88.

13. Приговор Темрюкского районного суда Краснодарского края от 18 июля 2011 г. по делу № 1-228/2011 [Электронный ресурс]. URL: <http://rospravosudie.com/court-temryukskij-rajonnyj-sud-krasnodarskij-kraj-s/act-102671331/> (дата обращения: 20.05.2013).

14. Гордейчик С. А. Вопросы эффективности уголовно-правовых средств борьбы с незаконным участием в предпринимательской деятельности // Вестн. Волгогр. академии МВД России. 2008. № 2.

С. 47—48; Верченко Н. И. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика незаконного участия

в предпринимательской деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2011. С. 7; Матвеев Е. Г. Проблемы привлечения к уголовной ответственности за незаконное участие в предпринимательской деятельности // Вестн. Тамбов. ун-та. Сер. «Гуманитарные науки». 2010. Т. 89. № 9. С. 331.

15. Изосимов С. В. Обусловленность криминализации незаконного участия в предпринимательской деятельности на современном этапе развития российского общества // Вестн. Нижегород. академии МВД России. 2011. № 3.

16. Волженкин Б. В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. СПб., 2007.

17. Лапа Е. А. Генезис понятия «предпринимательская деятельность» // Вестн. Забайкал. гос. ун-та. 2010. № 4.