

О. О. Дудоров,

завідувач науково-дослідної лабораторії
з проблем попередження, припинення та розслідування злочинів
територіальними органами Національної поліції України
Луганського державного університету внутрішніх справ
імені Е. О. Дідоренка,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України

ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ШАХРАЙСТВА У ПРАЦЯХ П. С. МАТИШЕВСЬКОГО І СУЧАСНІЙ СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Важливе місце у творчій спадщині П. С. Матишевського займають наукові праці, присвячені кримінально-правовій характеристиці злочинів проти власності, які (завдяки їхньому високому теоретичному рівню, чіткості викладення матеріалу, ґрунтуванню на матеріалах судової практики та з огляду на сталу розповсюдженість протиправних посягань на власність) мають усі підстави визнавати настільними для тих, хто професійно займається кримінальним правом (див., зокрема: *Матышевский П. С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. Киев: Юринком, 1996. 240 с.; Матишевський П. С. Глава IV. Злочини проти власності // Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / за редакцією професорів П. С. Матишевського, С. С. Яценка, доц. П. П. Андрушка. Київ: Юрінком Інтер, 1999. С. 287—365; Матишевський П. С. Розділ VI. Злочини проти власності // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-ге вид., переробл. та допов. / відп. ред. С. С. Яценко. Київ: А.С.К., 2002. С. 376—403).*

Цілком природно, що згадані праці містять як положення, що пройшли випробування часом, так і судження, які набули в доктрині і правозастосуванні подальшого розвитку. Сказане, серед іншого, стосується кримінально-правової заборони щодо шахрайства, яка, охоплюючи побутову, професійну й економіч-

ну сфери життєдіяльності людини, належить до числа активно затребуваних на практиці. Так, у 2015 р. за вчинення шахрайства було засуджено 2521 особу, в 2016 р. — 1945 осіб, у 2017 р. — 1869 осіб, а в 2018 р. — 1835 осіб.

Розкриваючи особливості об'єктивної сторони шахрайства, П. С. Матишевський писав, що обман чи зловживання довірою при вчиненні цього злочину застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності або обов'язковості передачі їй майна (права на нього). При шахрайстві потерпілий, будучи введеним в оману, сам добровільно передає винному майно (право на нього). Нагадаю, що цей традиційний підхід знайшов відображення в абз. 2 п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі — ВСУ) від 25 грудня 1992 р. № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» та абз. 2 п. 17 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності».

Справді, особливістю шахрайства є, за загальним правилом, те, що власник (володілець) майна або особа, якій воно ввірене чи під охороною якої воно перебуває, уявлення про істину та воля якого (якої) сфальсифіковані обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна (права на нього). Потерпілий переконаний у тому, що роз-

ТЕЗИ КРУГЛОГО СТОЛУ «МАТИШЕВСЬКИЙ-100»

поряджається майном за власною волею, у своїх інтересах (якщо потерпілий — власник майна), інтересах власника (якщо потерпілий — особа, якій майно ввірене чи під охороною якої воно перебуває) або принаймні не на шкоду цим інтересам. Усталені міркування про специфічну роль потерпілого в передачі винному майна (права на нього) при вчиненні шахрайства, як відомо, ґрунтуються на тому, що обману чи зловживання довірою поза спілкуванням між людьми бути не може.

Водночас П. С. Матишевський зробив серйозне та, як виявилось, далекоглядне застереження про те, що термін «потерпілий», який використовується при аналізі складу злочину «шахрайство», носить умовний характер, оскільки той, хто введений в оману, і потерпілий не завжди збігаються в одній особі. Розвиваючи цю конструктивну думку, слід зазначити, що до адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не тільки власники майна та «прирівняні» до них особи, а й інші суб'єкти, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно майна. Так, якщо в оману з метою заволодіння чужим майном вводиться суддя або нотаріус, то і в цьому випадку є підстави вести мову про наявність обману як інформаційного (інтелектуального) впливу однієї людини на свідомість і волю іншої. Натомість І. Я. Фойницький заперечував, наприклад, проти того, щоб визнавати кримінально караним обманом (шахрайством) подання недобросовісного (неправдивого) цивільного позову, бо цивільний процес є змагальним, і відповідач у ньому має можливість спростувати аргументи, наведені в неналежному позові (див.: *Мошенничество по русскому праву. Сравнительное исследование* *Ив. Фойницкого. Санкт-Петербург: Типография товарищества «Общественная польза», 1871. С. 227—231*). Проте в одній зі справ різновидом обману як способу вчинення шахрайства Судова палата у кримінальних справах ВСУ (постанова від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-250кс(15)16) все ж визнала подання

безпідставного (завідомо неправдивого) позову, констатувавши існування випадків опосередкованого вчинення шахрайства, зокрема, на тій підставі, що ст. 190 КК України не вимагає того, щоб особа, яка вводиться в оману при вчиненні шахрайства, і потерпілий від цього злочину (тобто той, кому заподіюється майнова шкода) збігались.

Варто додати, що в літературі висловлено думку про охоплення диспозицією ст. 190 КК випадків обманного заволодіння чужим нерухомим майном (правом на нього) без участі потерпілого (див.: *Ємельянов М. В. Кримінально-правова характеристика шахрайства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. С. 10—11, 14*). У законодавчому визначенні шахрайства нічого не говорить про поведінку потерпілого. Тому наведена точка зору, яка може стосуватись і випадків обманного заволодіння чужим рухомим майном, не виходить за межі буквального тлумачення кримінального закону. Виходить, що винна в шахрайстві особа може заволодіти чужим майном (правом на майно) і без безпосередньої участі в цьому потерпілого.

Характеризуючи шахрайство як одну з форм розкрадання, П. С. Матишевський традиційно пов'язував момент закінчення цього злочину не лише з вилученням майна з володіння приватної особи, колективу чи держави, а й з виникненням у винного реальної можливості користуватися чи розпоряджатися вилученим майном. Концепція «реальної можливості», яка знайшла послідовне втілення в низці рішень ВСУ, чітко відображена, наприклад, і в постанові колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі — ККС ВС) від 27 лютого 2018 р. у справі № 541/440/15-к. У цьому судовому рішенні вирішувалося питання про кваліфікацію дій командира роти однієї з військових частин, який, користуючись введенням підлеглого в оману, надав вказівку іншим своїм підлеглим поставити перед потерпілим вимогу про передачу 2500 грн. за непроведення службового розслідування, непри-

тягнення до дисциплінарної відповідальності за фактом нібито пошкодження службового автомобіля, втрати його акумулятора та вирішення цього питання в органах Військової інспекції безпеки дорожнього руху. Дії засудженого, який не дістав реальної можливості розпорядитися на свій розсуд коштами введеного в обману потерпілого (бо підлегли засудженого, які мали передати йому кошти, були затримані правоохоронцями одразу після отримання грошей від потерпілого), ККС ВС перекваліфікував із ч. 2 ст. 190 на ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК.

Поділяючи міркування суддів ККС ВС у частині встановлення моменту закінчення такого злочину проти власності, як шахрайство, водночас висловлю сумнів у тому, що суб'єкт, дії якого врешті-решт були кваліфіковані за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК, вчинив хоч і не закінчене, але шахрайство. Адже службова особа, яка заволодіває чужим майном шляхом обману або зловживання довірою з використанням при цьому свого службового становища, має нести відповідальність не за ст. 190, а за ст. 191 КК. Зокрема, Судова палата у кримінальних справах ВСУ (постанова від 14 листопада 2013 р. у справі № 5-30кс13) сформулювала положення про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, в основу чого справедливо покладено думку про специфічну і водночас підпорядковану (щодо зловживання службовим становищем) роль обману, використаного службовою особою для заволодіння чужим майном. Цей обман є різновидом обману, який через його підвищену суспільну небезпеку і специфічні ознаки виділений законодавцем в окрему форму злочинів проти власності.

До речі, не можна сказати, що такий підхід до розмежування складів відповідних злочинів проти власності є чимось новим для кримінального права: він застосовувався в період чинності КК 1960 р. Так, П. С. Матишевський, аналізуючи ст. 84 цього Кодексу «Розкрадання державного або колективного майна шляхом привласнення, розтрата або зловживання посадовим становищем»

(аналог ст. 191 чинного КК), писав, що найчастіше зловживання службовим становищем як форма розкрадання майна виражається в різноманітних обманих діях. При цьому обман як спосіб зловживання службовим становищем, на відміну від обману при шахрайстві, вчиняється завдяки особливому становищу винного — наявності в нього за посадою права розпоряджатись чужим майном або службових можливостей, здатних спонукати представників інших організацій до передачі їхнього майна.

Збереження в чинному КК заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем як самостійної форми розкрадання майна (за всієї умовності цього терміну) і, крім цього, поширення сфери дії відповідної кримінально-правової заборони на всі форми власності, вочевидь, унеможливають: 1) визнання суб'єктом шахрайства службової особи (вона за посягання на власність, поєднані з одночасним використанням свого службового становища й обману, має нести відповідальність за ст. 191 КК); 2) сприйняття «морально застарілого» положення про кваліфікацію відповідних дій службової особи за сукупністю злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 364 (364¹) КК. Прикро, що виражена правова позиція ВСУ стосовно співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, яка ґрунтується на здобутках вітчизняної кримінально-правової доктрини (праці П. С. Матишевського, В. П. Діденка та ін.), залишилась непоміченою суддями ККС ВС.

Повертаючись до питання про момент закінчення шахрайства, відзначу, що в цьому аспекті значний інтерес викликає постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 5 квітня 2018 р. у справі 658/1658/16-к, якою було змінено вирок Каховського міськрайонного суду та ухвалу Апеляційного суду Херсонської області, а дії засудженого, який як оплату за нібито продану ним сою отримав від потерпілого 408200 грн. і втік з цими грошима, перекваліфіковано з ч. 5 ст. 186 на ч. 4 ст. 190 КК. ККС ВС, част-

ково задовольняючи скаргу засудженого, вирішив, що дії останнього були розпочаті і закінчені як шахрайські, у зв'язку з чим повністю охоплюються диспозицією ч. 4 ст. 190 КК. Стверджується також, що шахрайство вважається закінченим з моменту фактичного одержання винним майна чи права на нього. На думку ККС ВС, потерпілий зрозумів, що його ввели в оману, вже після добровільної передачі ним грошових коштів засудженому, який сів в автомобіль, і той почав рухатись, тобто фактично після завершення шахрайських дій. Відповідно, подальші дії засудженого та його спільника (а саме застосування щодо потерпілого насильства, яке не є небезпечним для життя і здоров'я), не впливають на кваліфікацію злочину.

Тут, звичайно, можна вказати на нормальність ситуації, коли фактичні обставини різними представниками суддівського корпусу піддаються різній кримінально-правовій оцінці; пояснюється це складністю, непорівнюваністю, унікальністю життєвих ситуацій. Автор цих рядків полюбляє повторювати, що життя багатше за законодавчі і теоретичні конструкції. Згадується і банальне «людині властиво помилятися». Мова, однак, про інше. Якщо порівняти постанову колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 27 лютого 2018 р. і постанову колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 5 квітня 2018 р., то ми побачимо, що на рівні однієї поважної установи (ВС), яка має бути взірцевою в плані кваліфікованого тлумачення і застосування кримінально-правових заборон, сформульовано фактично дві різні правові позиції з питання про момент закінчення шахрайства. Питання, про яку ж однаковість судової практики за таких обставин можна вести мову, є риторичним. Якщо ж ККС ВС вирішив відійти від дотримання традиційної концепції «реальної можливості» з питання про момент закінчення корисливих злочинів, пов'язаних з оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб, склади яких побудовані за типом

матеріальних, то такий відхід (а на його користь при бажанні можна відшукати аргументи в кримінально-правовій доктрині) має бути чітко артикульований (на рівні Великої Палати ВС або Об'єднаної палати ККС ВС); інакше дезорганізуючого впливу рішень ВС на судову практику не уникнути.

А тепер про змістовний аспект. З урахуванням панівного у вітчизняному кримінальному праві (включаючи згадані праці П. С. Матишевського) погляду на момент закінчення шахрайства складно погодитися зі здійсненою «у справі про сою» перекваліфікацією дій засудженого з ч. 5 ст. 186 на ч. 4 ст. 190 КК. Як і суддя ККС ВС М. В. Мазур, який був вимушений у цій справі написати окрему думку, вважаю, що обман було викрито потерпілим до того, як засуджений та його спільник змогли покинути місце вчинення злочину (територію сільськогосподарської бази), де вони ще не мали реальної можливості розпорядитися грошима, які їм передав потерпілий. Останній намагався зупинити автомобіль, в салоні якого перебували винні особи, але ті на законні вимоги потерпілого не реагували і з використанням фізичного насильства, яке не є небезпечним для життя і здоров'я потерпілого, покинули територію бази й у подальшому позбавились його переслідування. Викладене свідчить про те, що винні особи після того, як їх обман було викрито, але до того, як злочин, передбачений ст. 190 КК, було закінчено, продовжили здійснювати дії, спрямовані на заволодіння чужим майном, і ці дії полягали саме у відкритому викраденні чужого майна. При цьому як потерпілий розумів, що в нього відкрито викрадають грошові кошти, так і винні особи усвідомлювали це. За таких обставин суд першої інстанції правильно кваліфікував злочин за ч. 5 ст. 186 КК, а апеляційний суд слушно зазначив, що дії, направлені на заволодіння майном, які були розпочаті як шахрайські, після викриття їх потерпілим і намагання ним повернути грошові кошти, переросли у відкрите викрадення чужого майна (див.: *Окрема думка судді*

Касаційного кримінального суду Верховного Суду М. В. Мазура до постанови колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 квітня 2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73369257>).

Залишається додати, що традиційно у доктрині і судовій практиці у випадках переростань одного злочину проти власності в інший остаточна кваліфікація здійснюється лише за кримінально-правовою нормою про відповідальність за трансформований злочин, який, так би мовити, скасовує (поглинає) незакінчений первинний злочин.

Розкриваючи кримінально-правову характеристику шахрайства, П. С. Матишевський не залишив поза своєю увагою і складне в практичному сенсі питання про відмежування цього злочину від цивільно-правових деліктів. Учений послідовно наполягав на тому, що подібні питання мають вирішуватись з урахуванням правових підстав кримінальної відповідальності та виходячи з єдності свідомості, волі і вчинків людини. Тому будь-яке твердження або заперечення, яке завідомо не відповідає тому, що насправді суб'єкт думає про предмет свого висловлювання, є неправдою не лише в суб'єктивному розумінні розходження між дійсним і висловленим міркуванням, а й в об'єктивному розумінні спотворення дійсності. Відповідно, якщо особа під час укладання тієї чи іншої угоди (позички, кредиту тощо) мала намір не повертати майно в майбутньому, а обернути його на свою користь, то вчинене утворює склад злочину «шахрайство». Водночас цього злочину не буде у випадку, якщо особа лише сумнівалась у можливості повернення майна, хоч згодом ці сумніви і виправдались. Викладений підхід сприймається судовою практикою (абз. 1 п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про

судову практику в справах про злочини проти власності»).

Наприклад, у постанові колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 26 лютого 2019 р. у справі № 1-177/11 зазначається, що у разі здійснення позичальником (поручителем) принаймні часткового повернення коштів за кредитним договором, передачі в заставу майна з подальшим зверненням стягнення на нього, і за відсутності доказів про намір позичальника (поручителя) не виконувати своїх зобов'язань ще в момент отримання кредиту, підстав для притягнення до кримінальної відповідальності немає, оскільки у діях позичальника (поручителя) відсутні об'єктивна і суб'єктивна сторони шахрайства.

На додаток до вищенаведених міркувань П. С. Матишевського зазначу, що наявність формальних (навіть належним чином оформлених) цивільно-правових або господарсько-правових відносин, за допомогою яких суб'єкт прагне завуальовати свій умисел, за наявності підстав не повинна бути перешкодою для оцінки скоєного як злочину, передбаченого ст. 190 КК. У подібних випадках винна особа укладає той чи інший договір (кредитний, купівлі-продажу, оренди, комісії, довічного утримання тощо) для того, щоб приховати справжній характер своїх дій, спрямованих на незаконне і безоплатне заволодіння чужим майном. При цьому очевидні труднощі, пов'язані зі встановленням і доказуванням справжніх намірів осіб, які обманним шляхом заволодівають чужим майном (правом на нього). Тому обґрунтування боржником як його здатності, так і нездатності належним чином виконати взяте на себе зобов'язання має підлягати ретельній перевірці у кожній конкретній ситуації з урахуванням фінансового становища боржника, ринкової кон'юнктури тощо.