

ЗЛОЧИННЕ ЗАПОДІЯННЯ МАЙНОВОЇ ШКОДИ ШЛЯХОМ ОБМАНУ АБО ЗЛОВЖИВАННЯ ДОВІРОЮ

Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою беззаперечно належить до злочинів із матеріальним складом, оскільки обов'язковою ознакою об'єктивної сторони даного суспільно-небезпечного посягання є наслідки у вигляді майнової шкоди у значному або великому розмірах. Тому дослідження складу і розміру шкоди при вчиненні аналізованого злочинного діяння має не тільки теоретичне, а й важливе практичне значення.

На сьогодні серед науковців немає єдиної думки щодо поняття і складу майнової шкоди, визначення її розміру при кваліфікації злочинних діянь. Аргументується доцільність або недоцільність врахування при визначенні розміру майнової шкоди реальних збитків і упущеної вигоди.

Питання щодо складу майнової шкоди при заподіянні майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою стає ще гострішим з огляду на констатацію деякими науковцями основної відмежувальної ознаки даного злочину від злочинів проти власності саме за характером заподіяної шкоди. Так, висловлюється позиція, що при викраденні наслідком злочинних посягань є заподіяння реальної майнової шкоди, а при заподіянні майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою — шкоди у вигляді упущеної вигоди [1; 2, 488; 3].

Поняття «шкода» не слід ототожнювати із поняттям «збитки», оскільки шкода може бути як матеріальною (майновою), так і нематеріальною (наприклад, моральною). Разом з тим збитки виступають грошовим (вартісним) виразом майнової шкоди. Відповідно до ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України, *збитки* включають в себе втрати, яких особа зазнала у зв'язку із знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (*реальні збитки*), та доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних умов, якби її право не було порушене (*упущена вигода*). Безперечно, що при визначенні розміру збитків в цивільно-правовому порядку з метою їх повного відшкодування, при визначенні належної до відшкодування суми враховуються реальні збитки і упущена вигода. Щодо кримінального права і розуміння майнової шкоди з позиції вчених-криміналістів, то можна констатувати той факт, що наукові позиції сходяться лише на одному: майнова шкода в будь-якому випадку включає в себе прями дійсні збитки (реальні збитки).

Більшість прихильників теорії доцільності визначення майнової шкоди, виходячи із цивільно-правового розуміння збитків, доводять свою позицію, посиляючись на необхідність однакового розуміння одних і тих самих понять у всіх галузях права [4; 5; 6; 7]. Прихильники протилежної позиції вказують, що упущена вигода має лише цивільно-правове значення і може бути стягнена лише в порядку цивільного позову [8; 9].

Заслужує на увагу той факт, що прихильники обох протилежних позицій, обґрунтовуючи свої точки зору, аргументували їх, посиляючись лише на цивільно-правове розуміння поняття майнової шкоди і його сприйняття чи несприйняття кримінальним правом. На нашу думку, для визначення доцільності і правильності врахування при визначенні розміру заподіяної шкоди при кваліфікації злочину слід звернутися до об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину, які є визначальними для становлення наявності чи відсутності в діяннях особи злочину.

Виходячи з теорії кримінального права, беззаперечним є положення про те, що особа може нести кримінальну відповідальність за вчинене в тих рамках, в яких воно охоплювалося суб'єктивною стороною. Наслідки як ознака об'єктивної сторони злочину можуть бути поставлені у вину особі лише у тому випадку, коли вони були викликані її поведінкою, тобто між діянням особи і наслідками є причиновий зв'язок. На нашу думку, саме з викладених положень і слід виходити при визначенні майнової шкоди, яка враховується при кваліфікації діяння.

Традиційною і найбільш категоричною є позиція щодо визначення майнової шкоди, заподіяної викраденнями. Ознакою викрадення називають те, що майнова шкода при викраденні має прямий і дійсний (реальний) характер, а упущена вигода не входить в обсяг викраденого і, як наслідок, не впливає на кваліфікацію. При визначенні вартості викраденого майна слід виходити з роздрібних, закупівельних чи інших цін, що існували на момент вчинення злочину. *Ціною* є виражена в грошовій оцінці вартість одиниці товару, яка включає в себе собівартість, ПДВ, акцизний збір (для певних видів продукції), *торговельну націнку, норму прибутку*. *Торговельна націнка* призначена для покриття витрат обігу і забезпечення *прибутку* торгових підприємств [10].

Очевидним є факт наявності у ціні *прибутку*. На наявність у вартості викраденого майна складової у вигляді норми прибутку і торговельної націнки звертає увагу В. О. Навроцький [11]. При зверненні до джерел цивільного права і розгляді прибутку з позиції належності до виду збитків, тобто до реального збитку чи упущеної вигоди, слід констатувати, що прибуток, який закладений у ціні по своїй природі є упущеною вигодою. Викрадене оцінюється з урахуванням не лише фактичних витрат на його створення, а виходячи з вартості товару для пересічного громадянина, у яку входить і запланований прибуток.

На нашу думку, упущена вигода може бути врахована при кваліфікації суспільно-небезпечного посягання за наявності таких підстав: 1) майнова шкода, яка включатиме упущену вигоду, була викликана суспільно-небезпечною поведінкою винної особи; 2) є причиновий зв'язок між діянням і шкодою (в т. ч. і упущеною вигодою); 3) наслідки охоплювалися умислом винної особи.

Щодо визначення складових майнової шкоди при заподіянні майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою слід зазначити таке. На нашу думку, упущеній вигоді при заподіянні майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою надають занадто велике значення. Мається на увазі той факт, що висловлюються позиції, що саме характер шкоди при заподіянні май-

нової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, який полягає лише в упущеній вигоді, дозволяє відмежувати цей злочин від інших злочинів, зокрема від викрадення [1; 2, 488; 3]. Часто стверджують, що майнова шкода в даному злочині дорівнює упущеній вигоді.

Вважаємо, що знак рівності між майновою шкодою при вчиненні злочину, передбаченого ст. 192 КК України, і упущеною вигодою ставити неприпустимо. Уявляється, що таке хибне припущення має своєю основою невірне ототожнення понять «непередача належного» і «упущена вигода». «Непередача належного» є однією з форм заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, тобто зовнішнім проявом даного злочину в дійсності. Як кримінально-правова категорія «непередача належного» має місце тоді, коли потерпілий не отримує майно, яке повинно бути йому передане. «Упущена вигода» є цивільно-правовою категорією і є можливим наслідком аналізованого суспільно-небезпечного посягання. На помилковість позиції вважати «непередачу належного» і «упущену вигоду» синонімами вже зверталася увага в літературі.

Традиційно при аналізі складу заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою зустрічаються вказівки, що в результаті вчинення цього злочинного діяння потерпілий не отримує тих цінностей або майнових вигод, які він мав право отримати по закону, договору тощо, і полягає ця майнова шкода в упущеній вигоді. Як типові приклади «так званої» упущеної вигоди наводять безквитковий проїзд, звернення на свою користь «лівих» платежів [2, 489; 3].

Однак віднесення до майнової шкоди у вигляді упущеної вигоди безквиткового проїзду, використання пільг, на які винна особа не мала права, звернення на свою користь «лівих» платежів тощо є помилковим. Витрати, які пов'язані з отриманням доходу, є нічим іншим як реальними збитками. Таким чином, наприклад, при заподіянні шкоди шляхом безквиткового проїзду така шкода може включати як реальний збиток (прямі витрати, здійснені потерпілою стороною), так і упущену вигоду (прибуток).

Наведені твердження дають підстави стверджувати можливість наявності у майновій шкоді як упущеної вигоди, так і реальних збитків.

При незаконному використанні майна найчастіше майнова шкода полягає у вартості амортизації майна, витратах на приведення майна в роботу (вартість паливно-мастильних матеріалів, енергії тощо). Названі витрати повністю охоплюються реальними збитками, оскільки є прямими витратами власника незаконно використаного майна. Відносити вказані витрати до упущеної вигоди не можна, оскільки, як правильно вказує М. І. Панов, цей висновок суперечив би змісту упущеної вигоди, під якою розуміють дохід, який мав бути отриманий потерпілим при відсутності злочинного посягання [12, 49]. Таким чином, якщо потерпілий не планував використовувати майно, а отже, отримати певний дохід, вести мову про заподіяння майнової шкоди у формі упущеної вигоди немає підстав. Проте, за наявності відповідних об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину, не можна виключати можливість заподіяння майнової шкоди у вигляді упущеної вигоди шляхом незаконного використання майна. Так, наприклад, якщо винний усвідомлював, що майно буде використовуватися і влас-

ник отримає дохід, та бажав заподіяти власнику шкоду у вигляді неотриманого ним доходу, при визначенні розміру заподіяної злочинним діянням шкоди слід враховувати упущену вигоду.

При визначенні розміру майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою у формі *ухилення від передачі належного* слід зазначити таке. Висловлюється позиція, що потерпілий у даному випадку не отримує покриття використаного чи спожитого, тобто не отримує належного еквівалента, яким є лише реальні збитки, понесені потерпілим при наданні певної послуги [12, 50]. Однак навряд чи можна погодитися з цією позицією, виходячи з таких міркувань. При отриманні послуг з використанням при цьому пілг, на які винна особа не мала права, незаконному користуванні нематеріальними об'єктами права власності розмір заподіяної шкоди включатиме як реальні збитки, так і упущену вигоду, оскільки відправною точкою при визначенні розміру шкоди буде повна вартість наданої послуги чи використаного нематеріального об'єкта права власності. Наприклад, при отриманні безвідсоткового кредиту без наявних на це законних підстав винний точно усвідомлює і знає розмір відсоткової ставки за користування кредитом, встановленої для пересічного громадянина. Розмір відсоткової ставки включає витрати банку і норму прибутку. Таким чином у відсотковій ставці за користування кредитом є реальні збитки (прямі витрати банку) і упущена вигода (норма прибутку).

Уявляється, що проведений аналіз дозволяє висловити такі твердження: 1) під майновою шкодою при заподіянні майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою слід розуміти як реальні збитки, так і упущену вигоду; 2) настання майнової шкоди у вигляді реальних збитків чи упущеної вигоди повинно охоплюватися умислом винної особи і бути у причинному зв'язку з вчиненими винною особою діяннями.

Література

1. Коржапський М. Й. Популярний коментар Кримінального кодексу. — К.: Паук. думка, 1997. — С. 253.
2. Комментарий к УК РФ / Под общ. ред. С. И. Никулина. — М., 2001. — С. 488–489.
3. Комментарий к УК РФ / Под общ. ред. В. М. Лебедева. — М.: Норма, 2003. — С. 385.
4. Верин В. П. Преступления в сфере экономики. — М., 1999. — С. 61.
5. Волжецкий Б. В. Экономические преступления. — С.Пб., 1999. — С. 73–74.
6. Кузнецова П. Ф., Лопашенко П. А. Проблемы квалификации экономических преступлений // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. — 2001. — № 2. — С. 3–15.
7. Кострова М. Крупный размер и крупный ущерб по УК РФ: языковой аспект // Законность. — 2001. — № 10. — С. 25–28.
8. Плохова В. И. Имущественный вред и его уголовно-правовое значение в неопасных преступлениях против собственности // Закон и право. — 2002. — № 5. — С. 50–54.
9. Гаухман Л. Соотношение крупного размера ущерба и крупного ущерба по УК РФ // Законность. — 2001. — № 1. — С. 32–35.
10. Роздубна, оптова торгівля. Основні поняття. Терміни і визначення: Лист МЗЕЗ і торгівлі України № 15-03/29-192 від 17.03.1998 р.
11. Павроцький В. Визначення вартості викраденого державного або колективного майна при кваліфікації розкрадання // Підприємництво, господарство і право. — 1999. — № 6. — С. 18–22.
12. Папов Н. И. Уголовная ответственность за причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием. — Х.: Выща школа, 1977. — С. 49–50.