

НЕДОЛІКИ СТАТТІ 209 КК УКРАЇНИ ЯК ВАДИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЛЕГАЛІЗАЦІЮ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ, ОТРИМАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ



Р. МІЛОВІДОВ
*начальник юридичного
управління ЗАТ ТФ ПНК
«Укртатнафта»*



Н. РОЗЕНФЕЛЬД
*кандидат юридичних наук,
головний консультант
Інституту законодавства
Верховної Ради України*

Легалізація (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, за класифікацією ООН, як складова економічної злочинності, на сьогодні винесена на перше місце [1]. Економіка України, яка на сьогодні, переважно, є транзитною системою, зокрема забезпечує фінансові трансфери між розвинутими країнами, а також становить транзитну базу для передачі товарів, є одним із найзручніших місць для вчинення дій, спрямованих на «відмивання» доходів — проведення операцій з реальними та віртуальними доходами (коштами), здобутими внаслідок злочинної або іншої суспільно небезпечної діяльності.

Основними джерелами регламентації і вимог криміналізації легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, є такі акти міжнародного права, ратифіковані Україною: Конвенція ООН «Про боротьбу з незаконним обігом наркотичних засобів і психо-

тропних речовин» від 20 грудня 1988 р. (Віденська конвенція); Конвенція Ради Європи «Про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом» від 8 листопада 1990 р.; Міжнародна конвенція ООН «Про боротьбу з фінансуванням тероризму» від 9 грудня 1999 р.; «Затвердження принципів Базельського комітету по банківському нагляду, прийняті у грудні 1988 р.; Директива Європейського Економічного Союзу «Про попередження використання фінансової системи для відмивання грошей (91/308/ЄЕС)» від 19 червня 1991 р.; Резолюція Міжнародної організації комісій по цінним паперам «Про відмивання грошей», прийнята у жовтні 1992 р.; Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності (Палермська конвенція 2000 р.); Сороч рекомендацій EATE [2] (1996 р.).

Вказані вимоги орієнтовані на трансплантацію у національні законо-

давства країн-учасниць вимог міжнародних вимог щодо криміналізації та протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом.

Основні міжнародні вимоги до банківської системи у протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом зведені до наступного: адаптація сорока рекомендацій ЕАТР; адаптація рекомендацій Базельського комітету «Знай свого клієнта»; лібералізація вимог щодо розголошення банківської і комерційної таємниці з метою боротьби з відмиванням грошей; ідентифікація та інформування про підозрілі й сумнівні операції; конфіскація доходів, отриманих злочинним шляхом та ін.

Загалом, за сукупністю вимог FАTE під легалізацією (відмиванням) доходів, отриманих злочинним шляхом, доцільно розуміти надання правомірного виду володінню, користуванню й розпорядженню грошовими засобами або іншим майном, яке здобуте свідомо незаконним шляхом.

У сьогоденному світі, в Україні зокрема, проблема легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, щоденно набуває актуальності. Структури, які здійснюють фінансовий моніторинг грошового обігу на предмет виявлення фактів відмивання коштів, отриманих злочинним шляхом, і фінансування тероризму, та підготовка кадрів для здійснення фінансового моніторингу — діють на всіх рівнях юрисдикції, співпрацюючи одне з одним.

Водночас переважна більшість кримінальних справ, які порушуються в Україні за ст. 209 КК України «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» закінчуються не обвинувальним вирок суду, а закриваються значно раніше судового розгляду, переважно з при-

чин недосконалої поточного законодавства України, яким саме регламентується відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом. На шляху визначення диспозиції легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, зустрічається ряд вад, серед яких: 1) формулювання положення ч. 1 ст. 209 КК України; 2) гармонізація основних понять, що вживаються у ньому з положеннями інших норм законодавства України; 3) уніфікація положень вказаної норми з міжнародними вимогами; 4) суть формулювання, яке на сьогодні є доволі складним для застосування і на практиці зменшує ефективність застосування ст. 209 КК України.

Однак головним фактором, який впливає на визнання, чи, навпаки — заперечення факту легалізації, є факт встановлення легальності походження коштів (доходів). Особливо слід наголосити на тому, що відсутність у доходів офіційного легітимного статусу до моменту легалізації — необхідна умова для визнання факту самої легалізації. В іншому разі — легалізації фактично не відбувається, адже у разі якщо доходи були легальними до моменту вчинення щодо них певних дій, не змінюють їх статусу — легальні кошти лишаються легальними.

Цей факт слід усвідомлювати і приділяти йому належну увагу при становленні наявності ознак легалізації у діяннях особи: у разі зміни статусу нелегального на легальний — легалізація відбувається, у будь-якому іншому випадку — ні.

Відповідно до змісту диспозиції ч. 1 ст. 209 КК України під легалізацією розуміється вчинення фінансової операції чи укладення угоди з коштами або іншим майном, отриманими внаслідок вчинення суспільно небез-

печного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, а також вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскуванню незаконного походження таких коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, а так само набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна, отриманих внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів. Таким чином, відповідно до змісту самої диспозиції ст. 209 КК України під «доходами» законодавець взагалі розуміє «кошти». Однак не всі кошти є доходами, а доход не завжди може бути виражений у коштах. Очевидно, що положення диспозиції ч. 1 ст. 209 КК України всередині взагалі-то має ряд внутрішніх суперечностей та повністю не відповідає назві самої статті.

Очевидно, що визначення таких понять, як «кошти» та «доходи» демонструють одну з причин низької ефективності встановлення, наприклад, обсягу доходів, або коштів, які легалізуються, адже якщо кошти можуть бути виражені у конкретній сумі, доходи не завжди можуть мати таке відображення, і їх фіксація, оцінка, обрахунок становлять практичні складнощі.

Крім того, слід враховувати той факт, що доходи можуть бути не завжди первинними, а виступати похідними від первинних: наприклад, відсотки по депозитним вкладом, у той час як гроші, покладені на депозит, і були предметом легалізації. Однак самі доходи — відсотки по депозиту, а відповідно до положення ст. 209 КК України караним є відмивання доходів саме від злочинів. І це очевидно ус-

кладнює застосування досліджуваної норми на практиці. В одному випадку доходи можуть оцінюватися як безпосередньо доходи, а в другому — як первинні ресурси, як, наприклад, первинний внесок у банк на той самий депозитний рахунок, коли доходами будуть лише відсотки.

Одним із дослідників проблем кримінальної відповідальності за легалізацію доходів, отриманих злочинним шляхом, — Н. Ахтирською — наводяться дані, які яскраво демонструють недосконалість положення вказаної норми, практичну низьку ефективність її застосування. Так, станом на 31 грудня 2008 р. судами закінчено з постановленням вироку 160 справ, із закриттям провадження — 13 справ, із застосуванням заходів примусового характеру — 1 справа, з поверненням на додаткове розслідування — 33 справи, з поверненням справи прокурору — у порядку ст. 249¹ КПК України — 11, з передачею за підсудністю — 30 справ. Кількість справ, у яких було змінено обвинувачення зі ст. 209 на іншу статтю КК України, виключено з обвинувачення ст. 209, або стосовно яких державний обвинувач відмовився від обвинувачення за цією статтею складає 69 справ щодо 128 осіб [3]. Отже, ефективність застосування положення ст. 209 КК України станом на 2008 р. становило 45,6 % (з розрахунку — 73 справи від загальної кількості — 160); а у 53 % справ прокурор відмовився від обвинувачення за ст. 209 КК України (з розрахунку відмови прокурора від обвинувачення за вказаною ст. у 73 випадках від 128).

За цими даними, ефективність застосування норми, передбаченої ч. 1 ст. 209 КК України, становить близько 45,6 %, що свідчить про те, що її положення на рівні нормативного визначення недосконалі, потребують де-

тального дослідження й опрацювання з урахуванням усіх необхідних теоретичних та, бажано, практичних рекомендацій щодо викладення її основних положень.

Неефективність застосування законодавства є спільною проблемою як держави, так і суспільства. Ефективність законодавства України, як суб'єкта міжнародних відносин, цікавить її партнерів у світі, оскільки законодавство України, яка обрала шлях євроінтеграції, має відповідати вимогам міжнародних угод, принципам забезпечення глобальної та кооперативної безпеки. Таке твердження повною мірою стосується законодавства у сфері протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, які слугують бар'єром від загроз глобальній, кооперативній та національній безпеці не лише від самої легалізації, а й від злочинної діяльності, що їй передувала.

Вдосконалення чинного вітчизняного законодавства у сфері протидії легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом, вимагається, насамперед, через низький ступінь ефективності запобігання таким посяганням та через потребу на підвищення ефективності самої боротьби з такими злочинними діями.

У міжнародній практиці легалізація доходів, отриманих злочинним шляхом, і питання фінансування тероризму стоять поряд. Вимоги щодо притягнення до криміналізації за їх вчинення, переважно, містяться в одних актах, і при цьому кожний із цих видів злочинів має власне визначення і міжнародне прийняття. Вони можуть бути як пов'язані між собою, так і докорінно відмежовуватися один від одного, вчинюватися разом, і незалежно одне від одного. У той час, як фінансування тероризму передують вчи-

ненню злочину або групи злочинів, які, як явища, можуть характеризуватися як тероризм терористичної спрямованості [4], легалізація доходів, отриманих злочинним шляхом, не може бути вчинена до самого злочину, що забезпечив походження цих доходів, а вчинюється виключно після такого.

Водночас одним із недоліків формулювання положення диспозиції ч. 1 ст. 209 КК України є розміщення у ній переліку альтернативних активних діянь, які самі по собі містять ознаки певних процедур, що здійснюються з грошима, у той час сам факт обов'язкового предудання «легалізації» іншого злочину у ст. 209 КК України не визначено. Спірним для застосування на практиці є саме потреба доведення того, що «доходи», які є предметом даного злочину здобуті саме злочинним шляхом, а не у будь-який інший спосіб.

Недопустимим для кримінального закону є також формулювання у ч. 1 ст. 209 «суспільно небезпечного діяння», у контексті посилання на таке, як на злочин. Не всі суспільно небезпечні діяння криміналізовані, відповідно, не всі вони є злочинами. Тому неприпустимо на рівні окремої статті Особливої частини КК України фактично отожднювати поняття «злочин» і «суспільно небезпечне діяння», перше з яких спричиняє настання кримінальної відповідальності, а друге — без набуття статусу першого шляхом криміналізації — ні.

Ряд інших вад чинної редакції ст. 209 КК України також впливають на істотне зниження ефективності застосування цієї статті: відсутність поняття «легалізація» (його тлумачення); структурне нагромадження і фактична відсутність абстракції на рівні визначення диспозиції ч. 1 цієї статті; відсутність конкретизації щодо

таких понять, як «набуття», «володіння», «використання»*; чергування понять «кошти» і «доходи» як на рівні співвідношення назви статті та диспозиції її ч. 1, так і на рівні предметів альтернативних активних діянь, зазначених у ч. 1 цієї статті: «кошти або інше майно», «кошти або майно», «доходи» тощо.

Як зазначав у березні 2008 р. заступник голови Державного комітету фінансового моніторингу С. Ключке, ґрунтовний аналіз міжнародного законодавства і міжнародних рекомендацій, що висуваються до України, «ЕАТР постійно наголошує на необхідності внесення відповідних змін до національного законодавства» [5]. Очевидно, що вдосконалення закону про кримінальну відповідальність в

частині належного формулювання положення ст. 209 КК України, деталізації її основних визначень та, відповідно, підвищення ефективності її застосування на практиці.

Очевидно, що чинна редакція ст. 209 КК України якнайскоріше потребує вдосконалення на підставі системного аналізу, урахування міжнародних вимог сучасного світу щодо протидії легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом, уніфікації його положень з положеннями вітчизняного закону про кримінальну відповідальність, а також комплексного дослідження особливостей побудови норми з урахуванням не лише міжнародних вимог, а й особливостей та структурно-системних підходів, притаманних вітчизняній класичній теорії кримінального права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *БрецьЛ. В., Некрасов В. А., Мацюк В. Я.* Національна система України по боротьбі з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом. Лекція. — К., 2007. — 92 с.
2. *ЕАТГ* — міжурядовий орган, яким встановлює стандарти і висуває політику боротьби з відмиванням грошей і фінансуванням тероризму // <http://www.fatf-gafi.org>
3. *Ахтирська Н. М.* Легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом : пропозиції до чинного законодавства на підставі аналізу судової практики / Актуальні проблеми кримінального права та кримінології: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Донецьк, 24 квітня 2009 р.) / Донецький юрид. ін-т ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка. — Донецьк, 2009. — 250 с.
4. *Смельянов В. П.* Злочини терористичної спрямованості. — Х., 1997. — 160 с. — С. 5, 7.
5. *Фіюненко С.* Чи складніше буде відмивати «брудні» капітали в Україні? // Віче. — 2009. — Берез. - С. 44-45.

* Вживання терміна «використання» взагалі викликає сумніви у контексті звичного для цивільного права терміна «користування», який має тлумачення на рівні ЦК України.

ПРАВО

ЮРИДИЧНИЙ
ЖУРНАЛ

України

Загальнодержавне періодичне видання

Засноване у 1922 році **Видається** щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію: **Передплатний індекс:** 74424
Серія А01 № 129671

Адреса редакційної колегії: **Головний редактор:**
01004, м. Київ *СВЯТОЦЬКИЙ О. Д.,*
вул. Терещенківська, 46 доктор юридичних наук, професор,
Тел.: (44)246-59-62 член-кореспондент АПрН України

Відповідальний секретар:
E-mail: info@pravoua.com.ua *Полешко А. С.*

ЗАСНОВНИКИ

- © Міністерство юстиції України
- © Конституційний Суд України
- © Верховний Суд України
- © Вищий господарський суд України
- © Генеральна прокуратура України
- © Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
- © Академія правових наук України
- © Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

ВИДАВЕЦЬ

© ТОВ «Видавничий Дім «Ін Юре»



10/2009