

Дудоров О.О.

*Запорізький національний
університет, професор
кафедри кримінального
права та правосуддя, д.ю.н.,
професор*

Тертиченко Т.М.

*Луганський державний
університет внутрішніх
справ імені Е.О. Дідоренка,
провідний науковий
співробітник відділу
організації наукової роботи*

Dudorov O.O.

*Zaporizhzhya National
University, professor of
criminal law and justice chair,
Doctor of Law, Professor*

Tertychenko T.M.

*Lugansk State University
of Internal Affairs named
after E.O.Didorenko, Senior
research fellow of Research
department*

**ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА
ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 209
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ,
У СВІТЛІ ПОЛОЖЕНЬ І ТЕНДЕНЦІЙ
РОЗВИТКУ ЗАГАЛЬНОЄВРОПЕЙСЬКОГО
АНТИЛЕГАЛІЗАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

Транснаціональний характер діяльності з відмивання злочинних доходів зумовлює необхідність координації зусиль і співробітництва різних держав у сфері протидії вказаному негативному явищу. Важливу роль у цьому відіграють нормативні акти міжнародного рівня (особливо регіонального характеру) та гармонізація з ними національних законодавств. Для України в цьому сенсі пріоритетними є нормативно-правові акти Ради Європи (далі – РЄ) та Європейського союзу (далі – ЄС), по-перше, через територіальну належність і, по-друге, через прагнення вступу до ЄС. Не варто забувати і про те, що поштовхом для створення вітчизняного антилегалізаційного законодавства свого часу стали саме відповідні міжнародні законодавчі акти. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК України), є типовим конвенційним злочином – діянням, криміналізація якого відбулась у зв'язку зі вступом України в коло держав – учасниць відповідних міжнародно-правових документів.

Слід зазначати, що загальноєвропейське антилегалізаційне законодавство розвивається досить динамічно. Відповідна нормативно-правова база, що виникла в Європі тільки на початку 90-х років ХХ століття, вже кілька разів зазнавала змін. Так, питання протидії відмиванню злочинних доходів регулюються на рівні двох конвенцій РЄ та трьох директив ЄС, причому від документа до документа рівень жорсткості заходів кримінально-правової протидії легалізації майна, одержаного злочинним шляхом, поступово підвищується. Позитивну роль у створенні ефективної системи протидії легалізації відіграє та обставина, що положення ухвалені останнім часом документів РЄ та ЄС узгоджуються між собою і не містять принципових відмінностей щодо визначення елементів складу відмивання злочинних доходів.

У ст. 209 КК України для позначення предмета передбаченого нею складу злочину використовуються одразу три терміни – «доходи», «кошти» та «майно». Правильність такого підходу викликає сумнів, адже термінологічне перевантаження кримінально-правової заборони не сприяє чіткому з'ясуванню її змісту. Можемо констатувати, що термінологія, яка використовується в диспозиції ч. 1 ст. 209 КК України для позначення предмета злочину, не узгоджується як з назвою цієї статті кримінального закону, так і з понятійним апаратом Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» (далі – ЗУ від 14 жовтня 2014 р.).

Зауважимо, що загальноєвропейське антилегалізаційне законодавство також оперує не одним, а кількома відповідними термінами. Так, у Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних від злочинної діяльності, від 8 листопада 1990 р. (далі – Конвенція від 8 листопада 1990 р.) можна зустріти терміни «доходи» та «власність», у Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму від 16 травня 2005 р. (далі – Конвенція від 16 травня 2005 р.) – «доходи» та «майно», а в Директиві Європейського парламенту та Ради 2005/60/ЄС від 26 жовтня 2005 р. про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання доходів та фінансування тероризму (далі – Третя директива) – «власність».

Насправді ж згадану термінологічну різноманітність ми можемо спостерігати хіба що в перекладах текстів зазначених документів. В оригінальних англійських версіях при всьому бажанні три різні терміни знай-

ти навряд чи вдасться, адже там вживаються тільки терміни «proceeds» (в офіційному перекладі «доходи») та «property» («власність», «майно»). Очевидно, що тут вкотре маємо справу з неузгодженістю перекладів міжнародних документів, які регулюють одну і ту саму сферу.

Звернемо увагу і на те, що в антилегалізаційних конвенціях РЄ при визначенні, так би мовити, основного поняття «доходи» вживається термін «власність». Щодо національного законодавства, то термін «доходи» використовується безпосередньо в назві ст. 209 КК України, ЗУ від 14 жовтня 2014 р. і низці підзаконних нормативних актів, охоплюючи як грошові кошти, так і інше майно (в розумінні речі). Разом з тим згаданий термін більш широко вживаний не в юридичній, а в економічній науці, в т. ч. у стійких словосполученнях, при визначенні змісту яких ключовою складовою є грошові кошти. Сприйняття такого «економічного» підходу і в першу чергу на законодавчому рівні можна простежити, зокрема, у вітчизняному податковому законодавстві та в міждержавних угодах щодо захисту інвестицій.

Очевидно, що в широкому сенсі поняття «доходи» не обмежується лише грошовими коштами, однак не можна ігнорувати того, що зараз набуло розповсюдження його обмежувальне тлумачення. Як наслідок, правозастосовні органи навіть після понад 13 років після криміналізації відмивання продовжують «відкривати» нові предмети цього злочину. Наприклад, у датованому травнем 2013 р. листі «Про позитивний досвід роботи прокуратури Луганської області щодо протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» міських та районних прокурорів було поінформовано про можливість визнання предметом злочину, передбаченого ст. 209 КК України, земельних ділянок.

З огляду на сказане і вітчизняні правові традиції перевагу в цьому разі варто надавати терміну «майно». Нагадаємо, що поняття майна в його цивільно-правовому розумінні (ст. 179, ст. 190 ЦК України) поєднує в собі речі, враховуючи грошові кошти та цінні папери, а також інше майно, в т. ч. майнові права, що охоплюють як матеріальні, так і нематеріальні цінності. Пропонований підхід, крім усього іншого, узгоджується з Третью директивою, яка визначає предмет відмивання як будь-яку вигоду, яка може складатися з матеріальної власності чи власності, що виражена в правах, а також включати рухоме чи нерухоме майно та документи, у т. ч. електронні та цифрові, які підтверджують право на таку власність або частку в ній. До того ж, оскільки цивільно-правовим поняттям «майно» охоплюються і кошти (це впливає в т. ч. із використаного в диспозиції ч. 1 ст. 209 КК України формулювання «кошти або інше майно»), слід

визнати зайвим звернення в диспозиції цієї кримінально-правової норми до терміна «кошти».

Предметом кримінально караного відмивання може бути не будь-яке майно, а лише те, одержання якого було поєднане з порушенням норм саме кримінального законодавства – як України, так і інших держав. Це впливає з назви ст. 209 КК України, де прямо вказується на доходи, одержані саме злочинним шляхом. Водночас слід зазначити, що протягом певного проміжку часу існував підхід, відповідно до якого предметом легалізації визнавалися доходи, отримані незаконним шляхом, тобто як внаслідок вчинення злочину, так і в результаті вчинення будь-якого іншого правопорушення. Зокрема, такий підхід був реалізований у кримінальному законодавстві Молдови та Росії (наразі ці положення вже змінено).

Вказане знову ж пов'язуємо з варіаціями тлумачення англійських загальноєвропейських антилегалізаційних нормативно-правових актів, у текстах яких використовується термін «predicate offense» (предикатне правопорушення). Однак його використання викликане особливостями національних правових систем, адже кримінальні законодавства окремих європейських країн передбачають відповідальність за злочини та проступки, які отримали відповідну узагальнену назву. Тут доречно нагадати, що в світі історично склались різні підходи щодо класифікації кримінально каранних вчинків людини. Один із таких підходів, означаючи існування багаточленної системи злочинних діянь, зводиться до того, що базове поняття «злочинне діяння» розпадається на дві або навіть три термінологічно відмінні категорії – злочин, проступок, а інколи і порушення. Наприклад, у Німеччині поняття «кримінально каране діяння» (Straftat) охоплює як власне злочин (Verbrechen), так і кримінальний проступок (Vergehen); в Іспанії злочинне діяння (infracción penal) включає в себе злочин (delito) і проступок (falta); у Франції злочинні діяння (infraction) поділяються на злочини (crime), проступки (delit) і порушення (contravention).

Таким чином, підхід вітчизняного законодавця, який вказує на майно, одержане злочинним шляхом, є виправданим, у т. ч. через те, що ст. 209 КК України в розглядуваному аспекті узгоджується з загальноєвропейським антилегалізаційним законодавством. Але головним все ж є те, що поширення дії ст. 209 КК на майно, одержане з порушенням норм інших (крім кримінального) галузей законодавства, не підкріплюється реальними можливостями правоохоронних органів та означало б соціально необґрунтоване розширення меж кримінальної відповідальності

за рахунок криміналізації діянь, які традиційно регулюються цивільним або адміністративним законодавством і не мають жодного відношення до тяжких злочинів, характерних для організованої злочинності. Існувала і небезпека того, що кримінально-правова норма про відповідальність за відмивання доходів, одержаних незаконним шляхом, застосовувалась б вибірково або перетворилася б на «мертву» норму.

Зважаючи на те, що передувати відмиванню відповідного майна можуть лише злочини, новелу КПК України щодо запровадження кримінальних проступків дотепер не реалізовано (і поки що не зрозуміло, чи вона взагалі буде реалізована), а інші (крім злочинів) незаконні діяння не можуть бути предикатними стосовно легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, вважаємо за доцільне використаний у ст. 209 КК України громіздкий термінологічний зворот «суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів» замінити на більш простий – «злочин, що передував відмиванню майна».

При визначенні предмета злочину, передбаченого ст. 209 КК України, одним із ключових є питання про те, які саме злочини необхідно вважати предикатними. Звернення до зарубіжного законодавчого досвіду не дає однозначної відповіді на поставлене питання і свідчить про те, що кожна країна, хоч певною мірою і враховує міжнародні норми, рухається власним шляхом вдосконалення законодавства, спрямованого проти легалізації злочинних доходів. Як зазначається в юридичній літературі, в сучасному світі спостерігається чотири основні підходи щодо визначення кола предикатних діянь, у межах яких предметами відмивання виступають: 1) доходи тільки від незаконної торгівлі наркотиками (Азербайджан, Еквадор, Перу, Сенегал); 2) доходи від певних видів злочинів (наприклад, Болівія, Бразилія, Італія, Канада, КНР, Куба, Португалія); 3) доходи від серйозних злочинів (Австрія, Іспанія, ФРН, Нова Зеландія тощо); 4) доходи від будь-яких злочинів (зокрема, Албанія, Білорусь, Болгарія, Польща, РФ, Словенія) [1, с. 261].

Вітчизняний законодавець при визначенні кола предикатних злочинів використав пороговий метод. Так, чинна редакція ч. 1 примітки до ст. 209 КК України містить вказівку на покарання у виді позбавлення волі (в попередній редакції цієї норми був встановлений поріг у три роки позбавлення волі, що не узгоджувалося з відповідним загальноєвропейським законодавством). Наразі розглядуваний кримінально-правовий припис узгоджується з Конвенцією від 16 травня 2005 р. (п. «а», ч. 4 ст. 9) і Третьою директивою (п. «f» ч. 4 ст. 3), де міститься вказівка на такий поріг, як один рік позбавлення волі. Завдяки прийнятим змінам наш зако-

нодавець вирішив важливу проблему, коли такі типові для організованої злочинності кримінально карані посягання, як шахрайство, пропозиція, давання та одержання неправомірної вигоди, окремі злочини в сфері господарської діяльності тощо, почали визнаватися такими, що можуть передувати легалізації майна.

Поділяючи свого часу підхід, згідно з яким перелік предикатних злочинів потребує скорочення шляхом закріплення їх конкретизованого переліку, наразі вимушені зазначити, що, судячи з досвіду деяких європейських країн, такий підхід не дуже вдало реалізується на практиці. Як наслідок, якщо ще кілька років тому він використовувався, наприклад, в Андоррі, Бельгії, Великобританії, Греції, Данії та Люксембурзі, то сьогодні змін не зазнало лише законодавство Андорри; натомість у кримінальному законодавстві Бельгії, Великобританії та Данії застосовується пороговий підхід, а в Греції та Люксембурзі – комбінований [2, с. 23, 52, 125, 161, 242, 414].

Справді, пороговий підхід більш практичний. Щоправда, за існуючої редакції ч. 1 примітки до ст. 209 КК України визначення предикатного злочину охоплює в т. ч. злочини невеликої тяжкості, серед яких переважна більшість не вчиняється з корисливих мотивів та (або) внаслідок вчинення яких не може одержуватись майно. Видається, що для реалізації ідеї обмеження кола предикатних діянь доцільно використати ст. 12 КК України «Класифікація злочинів», про що йшла мова в одному із законопроектів, розробленому ще в 2002 р. [3, с. 77]. Тим більше, що в чинному КК України законодавець нерідко звертається до класифікації злочинів для того, щоб вирішити конкретні питання, пов'язані з кримінальною відповідальністю. На жаль, вказана конструктивна ідея так і не була реалізована в законодавчому порядку.

При цьому навіть міжнародне законодавство щодо предикатних злочинів у більшості випадків застосовує такий вельми показовий термін, як «серйозні злочини». І хоч поряд із цим ведеться мова про найширший спектр діянь, що повинні визнаватись державами предикатними злочинами, положення національного кримінального закону загалом та аналізованої кримінально-правової заборони зокрема наводять на думку про доцільність законодавчого встановлення такого порогу, який би дозволяв відмежовувати злочини невеликої тяжкості від усіх інших злочинів (в аспекті предикатності стосовно відмивання доходів). Вважаємо, що такий підхід узгоджуватиметься з п. «с» ч. 4 ст. 9 Конвенції від 16 травня 2005 р., відповідно до якого предикатними можуть визнаватися серйозні злочини згідно з національним законодавством, інакше кажучи – національ-

ною системою класифікації злочинів, закріпленою в ст. 12 КК України, і не суперечитиме Третій директиві.

З'ясування тієї обставини, що внаслідок вчинення ухилення від сплати податкових та соціальних внесків (ст. 212, ст. 212-1 КК України) фактично утворюються злочинні доходи і що майновий результат внаслідок вчинення податкових злочинів має ознаки злочинного доходу [4, с. 186–192], дозволяє говорити про обґрунтованість внесеної на підставі ЗУ від 14 жовтня 2014 р. зміни дефініції суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів (ч. 1 примітки до ст. 209 КК України), яка (зміна) полягає у виключенні з неї так званого податкового застереження. До того ж такий законодавчий крок узгоджується з поняттям предикатного правопорушення, яким оперують Конвенція від 8 листопада 1990 р. (ст. 1) і Конвенція від 16 травня 2005 р. (ст. 1), відповідно до яких – це будь-яке діяння, в результаті якого можуть виникнути доходи, що підлягають наступній легалізації, а доходи визначаються як будь-яка економічна вигода, набута злочинним шляхом (треба так розуміти, що мова тут йде не тільки про так званий позитивний дохід). Цікаво, що в Сорока рекомендаціях FATF від 16 лютого 2012 р. податкові злочини, пов'язані з прямими та непрямими податками, включені в список предикатних злочинів, що передують відмиванню доходів, одержаних протиправним шляхом [5, с. 131]. До речі, у пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленому як ЗУ від 14 жовтня 2014 р., вказувалось на те, що його метою, серед іншого, є врахування пропозицій до національного законодавства експертів FATF. У повістці дня ЄС питання про безпосереднє включення податкових злочинів до переліку предикатних ще стоїть, однак вже реалізується в проекті Четвертої директиви [6]. З огляду ж на тенденції розвитку антилегалізаційного законодавства вірогідність того, що зазначене положення не буде ухвалено з її остаточним прийняттям, є мінімальною. Отже, виключення податкового застереження зі ст. 209 КК України є своєчасною і загальною виваженою зміною українського законодавства.

1. *Dodonov V. N. Sravnitel'noe uholovnoe pravo. Osobennaya chast' : [monohrafiya] / [V. N. Dodonov, O. S. Kapynus, S. P. Shcherba] ; pod red S. P. Shcherby. – M. : Yurlytynform, 2010. – 544 s.*
2. *Money Laundering and Financial Crimes Country Database / United States Department of State, Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs // INCSR. – 2013. – Volume II. – 437 r.*
3. *Dudorov O. O. Predmet lehalizatsiyi (vidmyvannya dokhodiv, oderzhanykh zlochynnym shlyakhom: do pytannya pro uz-hodzhennya Kryminal'noho*

- kodeksu Ukrainy ta mizhnarodnoho zakonodavstva / O. O. Dudorov, T. M. Tertychenko // Mytna bezpeka. – 2010. – # 1. – S. 70–87.*
4. Dudorov O. O. *Vybrani pratsi z kryminal'noho prava / O. O. Dudorov. – Luhans'k : RVV LDUVS im. E. O. Didorenka, 2010. – 952 s.*
 5. *Mizhnarodni standarty z protydyi vidmyvannyu dokhodiv ta finansuvannyu teroryzmu i rozpovsyudzhennyu zbroyi masovoho znyshchennya : Rekomendatsiyi FATF vid 16 lyutoho 2012 r. [Elektronnyy resurs] / Plenarne zasidannya FATF // Ofitsiyyny sayt Derzhavnoyi sluzhby finansovoho monitorynhu Ukrainy. – 147 c. – Rezhym dostupu : http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2012/22.03.2012/1.pdf*
 6. *On the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing : Proposal for a Directive, 5 February 2013 [Electronic source] / European Parliament, Council of the European Union // Official web-site of the European Union»s law. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013PC0045:EN:NOT>*

Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Визначення предмета злочину, передбаченого ст. 209 Кримінального кодексу України, у світлі положень і тенденцій розвитку загальноєвропейського антилегалізаційного законодавства

Стаття присвячена питанню визначення предмета злочину, передбаченого ст. 209 Кримінального кодексу України, у світлі положень і тенденцій розвитку загальноєвропейського антилегалізаційного законодавства. Автором звертається увагу на координацію зусиль і співробітництво різних держав у сфері протидії легалізації (відмиванні) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом.

Автор зазначає, що загальноєвропейське антилегалізаційне законодавство розвивається досить динамічно. Відповідна нормативно-правова база, що виникла в Європі тільки на початку 90-х років ХХ століття, вже кілька разів зазнавала змін. Отже, питання протидії відмиванню злочинних доходів регулюються на рівні двох конвенцій РЄ та трьох директив ЄС, причому від документа до документа рівень жорсткості заходів кримінально-правової протидії легалізації майна, одержаного злочинним шляхом, поступово підвищується.

При визначенні предмета злочину, передбаченого ст. 209 КК України, одним із ключових є питання про те, які саме злочини необхідно вважати предикатними. Звернення до зарубіжного законодавчого досвіду не дає однозначної відповіді на поставлене питання і свідчить про те, що кожна країна, хоч певною мірою і враховує міжнародні норми, рухається власним шляхом вдосконалення законодавства, спрямованого проти легалізації злочинних доходів.

Дудоров А.А., Тертиченко Т.М. Определение предмета преступления, предусмотренного ст. 209 Уголовного кодекса Украины, в свете положений

и тенденций развития общеевропейского антилегализационного законодательства

Статья посвящена вопросу определения предмета преступления, предусмотренного ст. 209 Уголовного кодекса Украины, в свете положений и тенденций развития общеевропейского антилегализационного законодательства. Автор обращает внимание на координацию усилий и сотрудничество различных государств в сфере противодействия легализации (отмыванию) денежных средств и другого имущества, полученных преступным путем.

Автор отмечает, что общеевропейское антилегализационное законодательство развивается достаточно динамично. Соответствующая нормативно-правовая база, которая возникла в Европе только в начале 90-х годов XX века, уже несколько раз претерпевала изменения. Итак, вопрос противодействия отмыванию преступных доходов регулируются на уровне двух конвенций СЕ и трех директив ЕС, причем от документа к документу уровень жесткости мер уголовно-правового противодействия легализации имущества, полученного преступным путем, постепенно повышается.

При определении предмета преступления, предусмотренного ст. 209 УК Украины, одним из ключевых является вопрос о том, какие именно преступления необходимо считать предикатными. Обращение к зарубежному законодательного опыта не дает однозначного ответа на поставленный вопрос и свидетельствует о том, что каждая страна, хоть как-то и учитывает международные нормы, движется своим путем совершенствования законодательства, направленного против легализации преступных доходов.

Dudorov O.O., Tertychenko T.M. Definition of the crime under Art. 209 of the Criminal Code of Ukraine, in the context of trends of legislation

The article is devoted to the issue of definition of the crime under Art. 209 of the Criminal Code of Ukraine, in the context of the pan and trends of legislation. The author draws attention to the coordination and cooperation of different countries in combating the legalization (laundering) of money and other assets of crime.

The author notes that legislation is developing very dynamically. Relevant regulatory framework that emerged in Europe only in the early 90s of the twentieth century, has undergone several changes. So the question combating money laundering are regulated at two conventions Council of Europe and the three EU directives, and from document to document levels of rigidity criminal legal measures of counteraction to legalization of property obtained by crime gradually increases.

In determining the object of a crime under Art. 209 of the Criminal Code of Ukraine, a key question is what should be considered predicate offenses. Appeal to foreign legislative experience does not give a clear answer to this question and shows that every country, though to some extent and take into account international standards, is moving its own way of improving the legislation directed against money laundering.