

**ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА,
КРИМІНОЛОГІЇ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА**

ГЛАДКОВСЬКИЙ М. О.,
аспірант кафедри кримінально-правової
політики та кримінального права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

УДК 343.375

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2023.3.38>**ТЛУМАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ОЗНАК СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ
(ВІДМИВАННЯ) МАЙНА, ОДЕРЖАНОГО ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ,
З УРАХУВАННЯМ ПОЛОЖЕНЬ НАЦІОНАЛЬНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО
АНТИЛЕГАЛІЗАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

У статті аналізується вина, як обов'язкова ознака складу злочину, передбаченого статтею 209 Кримінального кодексу України, оскільки необхідність дослідження цього питання обумовлена прийняттям Закону України від 6 грудня 2019 року «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення».

Цим Законом були внесені доволі значні зміни до зазначеної статті. Зокрема, її було доповнено вказівкою про те, що відповідні суспільно-небезпечні діяння спрямовані на легалізацію майна, одержаного злочинним шляхом, вчинені особою, яка знала або повинна була знати, що таке майно одержано таким шляхом.

У зв'язку з цим в юридичній літературі виникло питання про можливість вчинення цього злочину не тільки з умисною але і з необережною формою вини. На підставі аналізу міжнародного антилегалізаційного законодавства, здобутків юридичної науки та матеріалів судової практики в статті обстоюється позиція, що легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, як раніше так і зараз може бути вчинена лише з умисною формою вини.

За результатами розгляду порушеного питання в статті аналізується пропозиція, висунута в юридичній літературі, спрямована на пряме закріплення вказівки на форму вини в статті 209 Кримінального кодексу України.

Також у статті аналізуються пропозиції, спрямовані на запровадження кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, вчинену з необережною формою вини. У роботі зазначається, що запропонований підхід порушує принцип економії кримінально-правової репресії та виступає прикладом надмірної криміналізації. Недоцільність внесення відповідних змін обґрунтовується також тим, що зазначена пропозиція не враховує різні підходи щодо регламентації вини в кримінальному законодавстві зарубіжних країн.

Ключові слова: легалізація майна, одержаного злочинним шляхом, предикатний злочин, суб'єктивна сторона, вина, умисел, необережність.



Hladkovskiy M. O. Interpretation of certain signs of the subjective side legalization (laundering) of property obtained by criminal ways, taking into account the provisions of national and international antiegalization legislation

The article analyzes guilt as a mandatory part of the crime provided for in Article 209 of the Criminal Code of Ukraine, since the need to study this issue is due to the adoption of the Law of Ukraine dated December 6, 2019 «On prevention and countermeasures against legalization (laundering) of proceeds obtained through criminal means, financing terrorism and financing the proliferation of weapons of mass destruction».

This Law made quite significant changes to the mentioned article. In particular, it was supplemented with an indication that the corresponding socially dangerous acts aimed at legalizing property obtained by criminal means were committed by a person who knew or should have known that such property was obtained in such a way.

In connection with this, the legal literature raised the question of the possibility of committing this crime not only with intentional but also with careless guilt. Based on the analysis of international anti-legalization legislation, the achievements of legal science and the materials of court practice, the article argues for the position that legalization (laundering) of property obtained by criminal means, both before and now, can be committed only with an intentional form of guilt.

Based on the results of consideration of the raised issue, the article analyzes the proposal put forward in the legal literature aimed at directly enshrining the indication of the form of guilt in Article 209 of the Criminal Code of Ukraine.

The article also analyzes proposals aimed at introducing criminal liability for the legalization (laundering) of property obtained through criminal means, committed with a careless form of guilt. The paper notes that the proposed approach violates the principle of economy of criminal law repression and is an example of excessive criminalization. The impracticality of making relevant changes is also justified by the fact that the mentioned proposal does not take into account different approaches to the regulation of guilt in the criminal legislation of foreign countries.

Key words: *legalization of criminally obtained property, predicate crime, subjective side, guilt, intent, carelessness.*

Вступ. Як чинна так і всі попередні редакції диспозиції ч. 1 ст. 209 «Легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом» Кримінального кодексу України (далі – КК України) не містять прямої вказівки на форму вини, з якою вчиняється це діяння. Проте, як слушно зазначено в юридичній літературі, аналіз вказаної кримінально-правової норми дає змогу її визначити. По-перше, усі форми об'єктивної сторони складу аналізованого злочину набувають вигляду дії, по-друге, за КК України відмивання доходів є злочином з формальним складом, який не вимагає встановлення суспільно небезпечних наслідків і причинного зв'язку між протиправним діянням та цими наслідками [6, с. 270]. По-третє, характер дій, спрямованих на досягнення певного результату однозначно вказує на форму вини, з якою вони можуть бути вчинені.

Проте чинна редакція має одну дуже суттєву відмінність у порівнянні з попередньою та всіма іншими редакціями зазначеної кримінально-правової норми. Вона полягає в тому, що в чинній редакції ч. 1 ст. 209 КК зазначено про те, що відповідні суспільно-небезпечні діяння «вчинені особою, яка знала або повинна була знати, що таке майно... одержано злочинним шляхом».

Постановка завдання. З урахуванням останніх змін до ст. 209 КК України визначити зміст вини, як обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, спираючись на останні розробки юридичної науки та аналіз судової практики.



Результати дослідження. Треба відзначити, що в юридичній літературі сформувались дещо відмінні позиції щодо змісту вини, як обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 209 КК України.

Так, на думку фахівців Академії фінансового моніторингу суб'єктивну сторону досліджуваного складу злочину характеризує вина в формі прямого умислу, для якого обов'язкове усвідомлення винною особою того, що майно одержано злочинним шляхом. Наявне у змісті ст. 209 КК словосполучення «особа, яка повинна була знати, що майно одержане злочинним шляхом» не означає, що легалізація може здійснюватись з необережною формою вини. Про умисне вчинення дій при легалізації майна буквально йдеться в ч. 1 ст. 9 Конвенція Ради Європи «Про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму» від 16 травня 2005 року (далі – Конвенція від 16 травня 2005 р.), в абз. 1 якої йдеться про умисне вчинення, а в пунктах «а»–«с» наголошується на усвідомленні того, що таке майно є доходом, одержаним злочинним шляхом [2].

Не заперечуючи правильного розуміння відповідних положень ч. 1 ст. 9 цієї Конвенції не можна залишати поза увагою ч. 3 зазначеної статті відповідно до якої кожна Сторона може вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинними відповідно до її внутрішнього законодавства всіх або деяких з діянь, зазначених у п. 1 цієї статті, в одному з наведених нижче випадків чи в обох, коли правопорушник: а) підозрював, що майно є доходом; б) повинен був припустити, що майно є доходом.

Аналізуючи зазначені положення А.В. Айдинян вказує на те, що на рівні Конвенція від 16 травня 2005 р. (до речі, аналогічне положення міститься також у п. «с» ч. 2 ст. 6 Конвенції Ради Європи від 8 листопада 1990 року «Про відмивання, пошук, арешт, та конфіскацію доходів, одержаних від злочинної діяльності»; далі – Конвенція від 8 листопада 1990 р.) усвідомлення злочинного походження майна під час його легалізації не вимагається, досить наявності підозри про це або наявності обов'язку припустити таке його походження [1, с. 310].

Характеризуючи ознаки суб'єктивної сторони злочинної легалізації А.В. Айдинян підкреслює, що якщо попередня редакція прямо не вказувала на психічне ставлення суб'єкта до вчинюваної ним дії по відмиванню майна, то чинна редакція це конкретизує. Розвиваючи свою думку науковець пише про те, що визнання злочину умисним або необережним передбачає цілісну характеристику психічного ставлення суб'єкта до всіх об'єктивних ознак відповідного складу кримінального правопорушення. В ідеалі в межах умисного кримінального правопорушення психічне ставлення до кожної з таких ознак окремо має бути «умисним», однак це не завжди так. З аналізу нової редакції ст. 209 КК України зрозуміло, що зараз склад умисного злочину, передбаченого цією статтею, містить «елемент необережності». Безумовно, це не перетворює умисний злочин у необережний, однак слід констатувати, що під час легалізації майна, одержаного злочинним шляхом, психічне ставлення суб'єкта може характеризуватись певною неоднорідністю [1, с. 310].

Визначаючи форму вини досліджуваного злочину слід загадати також аналогічні за змістом положення п. «с» ч. 2 ст. 6 Конвенція від 8 листопада 1990 р., п. «с» ч. 2 ст. 9 Конвенція від 16 травня 2005 р. та ч. 6 ст. 1 Директиви Європейського парламенту та Ради 2015/849/ЄС від 20 травня 2015 р. про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання доходів та фінансування тероризму відповідно до яких усвідомлення, намір чи мета, необхідні як елемент складу відмивання злочинних доходів, можна встановлювати з об'єктивних, фактичних обставин. Близькі за змістом положення закріплені в п. 3.8 рекомендації 3 Рекомендацій FATF (у редакції 2022 р.).

Аналізуючи положення європейського антилегалізаційного законодавства О.О. Дудоров та Т.М. Тертиченко доходять висновку про те, що зі змісту цих приписів випливає, що точної обізнаності (усвідомлення) щодо характеру та конкретних обставин вчинення основного (предикатного) злочину не вимагається, однак прямо на це також не вказується. З огляду ж на те, що тлумачення змістовного навантаження усвідомлення загальноєвропейське законодавство (як, до речі, і вітчизняне) не дає, національні законодавства країн цей



«неочевидний» зміст інтерпретували самостійно, так би мовити, за відсутності прямої вказівки наповнювали власним змістом [6, с. 272].

На думку правників, усвідомлення злочинності походження доходів може виражатися в знанні особою того, що майно, з яким вчиняються дії, передбачені ст. 209 КК України, здобуте злочинним шляхом. Однак у контексті складу аналізованого злочину довести усвідомлення злочинцем того, що майно походить від вчинення злочину, складно. Очевидно, що саме з цих підстав у відповідному загальноєвропейському законодавстві вказується, що воно (походження) може бути встановлене за допомогою об'єктивних (фактичних) обставин. Тобто аналізований злочин може бути вчинений у випадку, коли особа знала чи повинна була знати, що доходи були здобуті внаслідок вчинення злочину [6, с. 274–275].

Щодо відмивання доходів, то тут, на думку О.О. Дудорова та Т.М. Тертиченко, може мати місце умисне незнання джерела походження кримінальних доходів. Крім цього, в контексті п. «с» ч. 3 ст. 9 Конвенція від 16 травня 2005 р. «умисну сліпоту» все ж варто відносити не стільки до підозри, скільки до того, що особа повинна була припустити, що майно є доходом злочинного походження. І в такому сенсі навряд чи можна сказати, що конвенційна норма передбачає можливість вчинення відмивання доходів із необережності з погляду вітчизняної кримінально-правової доктрини. Більше того умисне створення передумов для уникнення знання про злочинне джерело походження майна свідчить про прямий умисел особи, яка бажає введення цього майна в легальний сектор економіки [6, с. 275].

Як слушно зазначає А.В. Айдинян загалом запропоноване новою редакцією ст. 209 КК України неоднорідне психічне ставлення до різних об'єктивних ознак цього складу виправдане й таке, що не суперечить міжнародному законодавству про протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом [1, с. 310].

Враховуючи вищезазначене не може бути підтримана висловлена свого часу пропозиція А.С. Беніцького включити в ч. 1 ст. 209 КК України вказівку на завідомість одержання коштів або іншого майна як предмета досліджуваного складу злочину [3, с. 235, 498].

У цьому контексті слід пригадати нещодавній випадок, коли до журналістів Міжнародного консорціуму журналістів-розслідувачів (ICIJ) потрапили файли FinCEN, які містять відомості про транзакції за 2000–2017 роки на суму близько 2 трлн доларів. З цих документів вдалося, зокрема, дізнатися, що JP Morgan дозволив одній компанії перевести понад 1 мільярд доларів через рахунок лондонського підрозділу банку, навіть не знаючи, кому саме ця компанія належить. Пізніше банк виявив, що компанія могла належати людині, яка кілька років входила до десятки найбільш розшукуваних злочинців в США [5].

Отже, вказівка на завідомість унеможливорює ефективне застосування цих норм щодо несумлінних працівників кредитних організацій, які в порушення професійного обов'язку ігнорують джерела доходів своїх клієнтів.

В юридичній літературі неодноразово зазначалось, що усвідомлення суспільно небезпечного характеру діяння, що вчинюється, припускає: а) усвідомлення фактичного характеру такого діяння і б) усвідомлення його соціального значення.

При вчиненні відмивання майна, здобутого злочинним шляхом, особа усвідомлює, що вона фактично робить тобто набуває, володіє, використовує, розпоряджається, переміщує, змінює форму відповідного майна, або вчиняє дій, спрямовані на приховування, маскування походження такого майна або володіння ним, права на таке майно, джерела його походження, місцезнаходження.

У свою чергу усвідомлення соціального значення своїх дій відбувається завдяки тому, що особа знає про джерело походження такого майна або свідомо ігнорує інформацію про джерело походження такого майна. Тобто мається на увазі не випадкове, а сплановане незнання, яке виражається в ігноруванні та неперевірці певних індикаторів підозри. В зарубіжному законодавстві щодо позначення одного з аспектів такого виду обізнаності вживається термін «wilful blindness» (умисна сліпота), що позначає ситуацію, коли особа, прагнучи уникнути відповідальності (в даному випадку – кримінальної) за вчинення про-



типравного діяння, умисно ставить себе в ситуацію не знання про факти, які б зробили її відповідальною [10, с. 957].

Видається, що свідоме ігнорування відповідної інформації не притаманне таким формам об'єктивної сторони, як вчинення дій, спрямованих на приховування, маскуванню походження такого майна або володіння ним, права на таке майно, джерела його походження, місцезнаходження. На відміну від інших форм об'єктивної сторони досліджуваного складу злочину, які можуть бути цілком законними діями, зазначені дії самі по собі є непритаманними для цивільного та господарського обігу, підозрілими за своєю суттю.

Отже, злочинним умислом у разі вчинення злочину, передбаченого ст. 209 КК України, охоплюються як самі дії, що утворюють об'єктивну сторону відмивання злочинного майна, так і усвідомлення злочинного характеру походження майна, що відмивається, або усвідомлення того, що інформація про джерело походження злочинного майна свідомо ігнорується. Причому задля кваліфікації дій особи за цією статтею останнє є необхідною умовою, адже охоплюється інтелектуальним моментом умислу.

Що ж виступає джерелом відповідного усвідомлення? Як слушно зазначено в юридичній літературі таке усвідомлення походження майна від предикатного діяння може бути пов'язане з винесенням судом обвинувального вироку за первинний злочин, про що знає особа, або базуватись на знаннях фактичних даних про походження коштів чи іншого майна від суспільно небезпечного протиправного діяння (за відсутності знань про вирок суду чи самого вироку) [8, с. 290]. Для кваліфікації дій за ст. 209 КК України не вимагається точної обізнаності про характер та конкретні обставини вчинення предикатного діяння, але необхідним є усвідомлення особою тих фактичних обставин вчиненого, з якими кримінальний закон пов'язує можливість призначення основного покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [6, с. 271].

Так, обвинувачений ОСОБА_7, діючи з метою незаконного експорту наявних у його розпорядженні пиломатеріалів невідомого походження, вчинив дії, спрямовані на приховування та маскуванню походження майна (пиломатеріалів), знаючи, що таке майно одержано злочинним шляхом, тобто легалізував їх. Реалізуючи свій злочинний намір щодо легалізації (відмивання) наявних у нього пиломатеріалів, ОСОБА_7 використав з цією метою завідомо підроблені сертифікати із неправдивими відомостями про походження сировини, використаної для їх виготовлення. Вчиняючи дії з використанням підроблених документів, кінцевим результатом яких мало бути здійснення митного оформлення експорту наявних пиломатеріалів, обвинувачений ОСОБА_7 усвідомлював, що в такий спосіб приховує та маскує їх походження, оскільки останні були виготовлені зі свіжозрубаної деревини внаслідок незаконної порубки та перебували в нього без відповідних документів про законність їх походження. Таким чином обвинувачений ОСОБА_7 вчинив дії, які були спрямовані на приховування і маскуванню незаконного походження майна (пиломатеріалів), щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання злочинним шляхом, знаючи, що таке майно прямо та повністю одержано злочинним шляхом, тобто легалізував (відмив) майно (пиломатеріали) об'ємом 68 м³ загальною вартістю 8 500 доларів США, що на 29.03.2021 р. за курсом НБУ складало 237 727 грн [4].

У проєкті нового КК України (контрольний текст проєкту станом на 30.01.2023 р.) у ст. 6.3.23 пропонується передбачити кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, вчинену з необережності. Відповідно до цієї статті особа, яка не знала, але повинна була і могла знати, що активи (доходи) одержані, прямо чи опосередковано, повністю чи частково, шляхом вчинення предикатного діяння, та: 1) набула їх, 2) використала їх або 3) володіла ними, – вчинила злочин 1 ступеня [7].

В юридичній літературі наводяться слушні аргументи проти внесення подібного роду законодавчих змін виходячи з наступного.

По-перше, в літературі поширеною є думка про те, що антилегалізаційними конвенціями Ради Європи питання про встановлення кримінальної відповідальності за відмивання



злочинних доходів, вчинене з необережності, покладається на розсуд країн-учасниць. Така позиція є частково правильною, адже вона не враховує особливостей розуміння теорії вини в європейських країнах, яке є дещо відмінним від вітчизняного. У кримінальному законодавстві зарубіжних держав спостерігаються різні підходи стосовно регламентації вини. Лише кримінальні кодекси деяких країн, що раніше входили до складу СРСР, містять визначення вини. Законодавець переважної більшості країн світу не дає визначення вини, послуговуючись, щоправда, поняттями умислу та необережності. У частині країн (наприклад, Данія, Іспанія, Нідерланди, Німеччина, Швеція) на законодавчому рівні закріплені форми та види вини, але їх зміст не розкривається. У кримінальному законодавстві країн загального права для позначення психічної складової злочину використовується інша, відмінна від усталеної у нас термінологія. Зважаючи ж на те, що міжнародне право певним чином враховує такі особливості, жорстко «підводити» норми загальноєвропейського антилегалізаційного законодавства під розуміння суб'єктивної сторони складу злочину, зокрема вини, вироблене вітчизняною кримінально-правовою доктриною та реалізоване шляхом закріплення в розділі V «Вина» Загальної частини КК України, недоцільно, бо це не зовсім точно відображає зміст, закладений у відповідних нормах європейським законодавцем [6, с. 272–274].

По-друге, впровадження кримінальної відповідальності за відмивання майна, одержаного злочинним шляхом, вчинене з необережності, не відповідає теорії мінімалізації криміналізації (тобто принципу економії кримінально-правової репресії) та виступає прикладом надмірної криміналізації [9, с. 370].

Висновки з даного дослідження та перспективи подальших розвідок у даному напрямку.

1. Попри зміни, внесені до ч. 1 ст. 209 КК України, суб'єктивна сторона легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, характеризується умисною формою вини. Злочинним умислом у разі вчинення злочину, передбаченого цією статтею, охоплюються як самі дії, що утворюють об'єктивну сторону відмивання злочинного майна, так і усвідомлення злочинного характеру походження майна, що відмивається, або усвідомлення того, що інформація про джерело походження злочинного майна свідомо ігнорується. Причому задля кваліфікації дій особи за цією статтею останнє є необхідною умовою, адже охоплюється інтелектуальним моментом умислу. Зазначений підхід узгоджується з вимогами міжнародного антилегалізаційного законодавства.

2. Запровадження кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, вчинене з необережності порушує принцип економії кримінально-правової репресії та виступає прикладом надмірної криміналізації. До того ж зазначена пропозиція не враховує різні підходи щодо регламентації вини в кримінальному законодавстві зарубіжних країн.

3. Зміни, внесені до ст. 209 КК України, також зумовлюють необхідність подальшого дослідження суб'єктивної сторони на предмет наявності в ній таких ознак, як мотив і мета вчинення відповідного злочину, їх вплив на кваліфікацію вчинених дій, а також значення для відмежування від суміжних складів злочинів.

Список використаних джерел:

1. Айдинян А.В. Легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 209 Кримінального кодексу України): Аналіз нової редакції (відповідно до Закону України № 361-IX від 06 грудня 2019 р.). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 7. С. 308–311.

2. Аналіз статті 209 Кримінального кодексу України «Легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом» підготовлений Держфінмоніторингом. Академія фінансового моніторингу. URL: <https://finmonitoring.in.ua/analiz-statti-209-kriminalnogo-kodeksu-ukrayini/> (дата звернення: 20.07.2022).

3. Беніцький А. С. Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності: монографія. Луганськ: СПД Резников В.С., 2014. 552 с.



4. Вирок Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 26.09.2022 р. у справі № 346/4085/21 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106444187#> (дата звернення: 15.10.2022).
5. Досьє FinCEN. Стався новий витік банківських документів про брудні гроші / BBC NEWS Україна. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-54231492?xtor=AL-73-%5Bpartner%5D-%5Bukr%5D-%5Bheadline%5D-%5Bukrainian%5D-%5Bbizdev%5D-%5Bisapi%5D> (дата звернення 21.09.2020).
6. Дудоров О. О., Тертиченко Т. М. Протидія відмиванню «брудного» майна: європейські стандарти та Кримінальний кодекс України: монографія. Київ: Ваїте, 2015. 392 с.
7. Кримінальний кодекс України. Контрольний текст проєкту (станом на 30.01.2023 року). URL: <file:///C:/Users/%D0%93%D0%B5%D0%BD%D0%B0/Downloads/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-30-01-2023.pdf> (дата звернення: 15.02.2023).
8. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. – Харків: Право, 2013. Т. 2: Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. 2013. 1040 с.
9. Durrieu Roberto. In Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law: Towards a New Global Legal Order. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. 508 p.
10. Luban David. Contrived Ignorance. *Georgetown Law Journal*. 1999. Vol. 87. P. 957.

