

Розділ II. ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 343.37

О.Б. Полторацький

■ ДОСЛІДЖЕННЯ СУБ'ЄКТИВНОЇ МОДЕЛІ
ОЗНАК ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ,
ОДЕРЖАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ

У статті автор аналізує питання використання суб'єктивної моделі ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, під час розслідування відповідних злочинів. Автор встановлює певні недоліки та слушні моменти законодавства у цій царині. Також робляться пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства та правозастосовчої практики.

Ключові слова: *легалізація (відмивання); доходи, одержані злочинним шляхом; суб'єктивна модель; об'єктивна модель.*

В статье автор анализирует вопросы использования субъективной модели признаков легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, во время расследования соответствующих преступлений. Автор устанавливает определенные недостатки и позитивные моменты законодательства в данной сфере. Также сформулированы предложения по поводу совершенствования действующего законодательства и правоприменительной практики.

Ключевые слова: *легалізація (отмывание); доходи, полученные преступным путем; субъективная модель; объективная модель.*

In the article the author analyses some aspects of application of subjective model of the legal essential elements of legalization (laundering) of criminal proceeds while investigating corresponding offences. The author enlightens negative and positive moments of the legislation in this sphere. Some propositions for improving effective legislation and its application formulated.

Key words: *legalization (money-laundering) of criminal proceeds; proceeds obtained from a crime committed; subjective model; objective model.*

Актуальність досліджуваної теми полягає у необхідності в процесі кримінально-правової оцінки матеріалів оперативно-розшукової діяльності визначити суб'єкта відповідальності для більш ширшого застосування в практиці розслідування суб'єктивної моделі ознак легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом.

У юридичній літературі дослідженню суб'єктивних ознак легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, приділяли увагу С. Ніколаюк, Д. Никифорчук, А. Семчук, С. Шутенко, Б. Слободянюк, Т. Качка, Д. Бахарєв, проте, зазначене питання залишається не до кінця дослідженим.

Здебільшого в літературі аналізується законодавчий підхід до визначення суб'єктивних ознак легалізації коштів, отриманих злочинним шляхом, при цьому часто не береться до уваги суб'єктивна модель злочину, а також не враховується зв'язок кожної з ознак злочину з суб'єктом злочину.

Суб'єктивна сторона злочину, як у всіх міжнародно-правових актах, так і у кримінальному праві України (зокрема, у Законі України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" [2]), характеризується прямим умислом. За законодавчим визначенням прямим є "... умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання".

Таке визначення узгоджується з вимогами Конвенції Ради Європи 1990 року, відповідно до якої, діяння, визначені конвенцією (зокрема, відмивання грошей), визнаються злочинними "... в будь-якому або всіх з нижченаведених випадків, коли правопорушник:

- а) повинен був припускати, що власність є доходом;
- б) діяв з метою одержання прибутку;
- в) діяв з метою сприяння продовженню злочинної діяльності" [3, с. 68].

Наявність умислу, мети та усвідомлення визначаються відповідно до фактичних об'єктивних обставин справи.

У випадку, коли особа сумлінно помиляється щодо походження доходів, тобто оперує з ним без усвідомлення їхнього кримінального походження, кримінальна відповідальність за відмивання грошей виключається.

І навпаки, коли особа вважає, що оперує з доходами, одержаними злочинним шляхом, але вони такими не є, то її дії можуть розцінюватись як фактична помилка і тягнути за собою відповідальність за замах на злочин.

Суб'єктом даного злочину, відповідно до Кримінального кодексу України, є фізична осудна особа, якій до вчинення злочину виповнилося

16 років. Суб'єкт даного злочину повинен мати повну цивільну дієздатність, визначену законодавством.

Суб'єктом даного злочину може бути не тільки безпосередній виконавець діянь, але й особа, яка дала розпорядження на проведення таких дій (наприклад, керівник фінансової або банківської установи).

Особи, які в той чи інший спосіб сприяють здійсненню дій, які становлять об'єктивну сторону даного злочину, можуть нести відповідальність як співучасники відповідно до КК України [1, ст.ст. 27, 29].

Законодавчий опис легалізації як здійснення одних тільки "фінансових операцій", "угод", і "використання предметів легалізації в підприємницькій або іншій економічній діяльності", є не виправдано вузьким. Дія вказує на те, що деяке правопорушення скоєно певною особою або колом осіб, тобто слід акцентувати увагу на суб'єктивну модель поведінки, яка призвела до скоєння зазначеного правопорушення.

Ураховуючи те, що відмивання грошей найбільшою мірою має місце у фінансовому секторі, цілком виправданим буде підхід до аналізу моделі поведінки суб'єкта саме по відношенню до фінансових операцій.

У визначенні поняття фінансової операції зазначено, що вона здійснюється за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу, якими на даний момент, відповідно до Закону "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" є банки, страхові та інші фінансові установи; платіжні організації, члени платіжних систем, еквайрінгові та клірингові установи; товарні, фондові та інші біржі; професійні учасники ринку цінних паперів; інститути спільного інвестування; гральні заклади, ломбарди, юридичні особи, які проводять будь-які лотереї; підприємства, організації, які здійснюють управління інвестиційними фондами чи недержавними пенсійними фондами; підприємства і об'єднання зв'язку, інші не кредитні організації, які здійснюють переказ грошових коштів; інші юридичні особи, які відповідно до законодавства здійснюють фінансові операції [2].

За висновками дослідників, суб'єктивна модель є значно більш складнішою ніж об'єктивна, однак, попри це, суб'єктивна модель відрізняється більшою ефективністю, оскільки дозволяє зрозуміти поведінку особи при скоєнні як конкретного злочину, так і багатьох пов'язаних злочинів, та провести аналогії між скоєними злочинами [3, с. 71].

У той же час не варто вважати суб'єктивну модель ідеальною, оскільки вона вимагає надмірного розкриття інформації, саме про це зараз і точиться дискусія у фінансових колах України. Вітчизняні фінансові установи занепокоєні намаганням правоохоронних органів отримати більшу інформацію про операції клієнтів на власних рахунках, заявляючи про порушення права клієнтів на приватність. Недоліки цієї системи

також пов'язані із наданням установ надмірної дискреції у визначенні операцій, про які належить звітувати, що не в останню чергу впливає із нечіткості поняття "підозрілість". Крім того, недостатність досвіду персоналу банку може мати наслідком помилки у визначенні підозрілих транзакцій, а нерівнозначне розуміння "підозрілості" транзакцій різними установами стати у нагоді злочинцям.

Тобто, для того, щоб застосовувати на практиці суб'єктивну модель при розслідуванні злочинів, пов'язаних із легалізацією коштів, здобутих незаконним шляхом, слід більш чітко виділити та закріпити в законі поняття "підозрілості" транзакцій. При цьому можна керуватися такими загальновідомими ознаками, які свідчать про можливість відмивання грошей:

1. Великі платежі готівкою. Злочинці часто акумулюють велику кількість купюр невеликого номіналу, а потім мають ввести ці банкноти у банківську систему для того, щоб отримати можливість вільно користатись цією власністю.

2. Нетипові та такі, що не мають економічної мети, транзакції фондів із або до іноземних юрисдикцій. У ряді випадків здійснювалась передача фондів закордон без належного пояснення цих операцій із точки зору підприємництва.

3. Нетипова ділова діяльність або транзакція. Рух фондів, який тягне за собою втрати або нижчий рівень прибутку, без будь-якої видимої компенсації для клієнта, може свідчити про те що діяльність пов'язана із переміщенням фондів через фінансову систему.

4. Велике та/або різке переміщення фондів. Особи, які провадять відмивання грошей, часто намагаються здійснити їх перекидання між кількома рахунками у різних установах, намагаючись заплутати відстеження, у той час як добropорядний підприємець прагне мінімізувати бюрократичні процедури та плату за банківські послуги.

5. Нереалістична заможність у порівнянні з даними клієнта. У ряді випадків виявлялось, що особи, які не є надто заможними або не мають роботи, сплачували великі суми грошей на рахунки.

6. Захищена позиція при опитуванні. Зазвичай "чесний" клієнт готовий відповісти на запитання про свої фінанси, оскільки це дозволяє фінансовим установам надавати свої послуги належним чином.

Але навіть у випадку істотного розширення ряду індикативних ознак повного та всеохоплюючого визначення досягти неможливо, принаймні через те, що схеми відмивання грошей завжди носять індивідуальний характер, притаманний конкретній особі.

На відміну від системи нормативного закріплення ознак підозрілості, механізм, запроваджений у Європі Директивою 91/308 є більш від-

повідним цілям системи звітування про підозрілі транзакції. Він полягає у закріпленні обов'язку держав надавати особам, які мають звітувати, доступ до інформації про практику відмивання грошей та про ознаки, за якими розпізнаються підозрілі транзакції, при чому така інформація має постійно оновлюватись. Джерелом такої інформації можуть бути дані, які надаються національними компетентними органами [3, с. 72].

Проте, українська система фінансового моніторингу, попри її ефективність, містить також ряд недоліків, які не дозволяють без попередніх змін до законодавства застосовувати суб'єктивну модель.

По-перше, вимога про обов'язкове звітування про операції, які підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, є запозиченою з об'єктивної моделі. Ця невідповідність впливає з того, що обов'язковому звітуванню підлягають не всі операції, сума яких перевищує встановлену межу, а лише ті з них, що визначені законом. Той аргумент, що таке звуження пов'язане з прагненням уникнути покладення надмірного тягара на суб'єктів первинного моніторингу, не є переконливим у даному випадку.

По-друге, зважаючи на постійне удосконалення схем відмивання грошей, запровадження саме позитивного переліку операцій, які підлягають звітуванню, на рівні закону є недоцільним через потребу постійного оновлення такого переліку.

По-третє, українська система фінансового моніторингу не є ефективною з точки зору інформації та розподілу операцій на "підозрілі" та "не підозрілі", у зв'язку з чим вимоги щодо внутрішнього та обов'язкового моніторингу на практиці дуже складно виконати.

Для усунення зазначених проблем щодо більш ширшого застосування суб'єктивної моделі злочину та чіткого визначення суб'єкта відповідальності при наданні кримінально-правової оцінки матеріалам оперативно-розшукової діяльності, слід більш детально вивчити такі аспекти та внести відповідні зміни до чинного законодавства:

- нормативне закріплення ознак підозрілих транзакцій тягне за собою ряд недоліків, бо саме поняття "підозрілий" не знаходить чіткого вираження в законодавстві, а тлумачення терміну проводиться без врахування суб'єктивного фактору;

- нормативне закріплення ознак підозрілості істотно зменшує ефективність системи звітування, оскільки схеми відмивання грошей постійно удосконалюються та змінюються з урахуванням особливостей, притаманних конкретному злочинцю, а закріплені ознаки є чіткими сигналами для злочинців, яких саме дії уникати;

- слід вдосконалити систему фінансового моніторингу таким чином, щоб не порушити особисті права клієнтів на приватність, але при цьому врахувати особливості суб'єктивної моделі. Для цього, у першу чергу, слід

у системі фінансового моніторингу в Україні замінити місцями вимоги щодо внутрішнього та обов'язкового моніторингу з рівноспрямованою орієнтацією на суб'єкт та об'єкт злочину. У другу чергу – закріпити як обов'язок надавати особам, які мають звітувати про проведені через фінансові установи транзакції, доступ до інформації про практику відмивання грошей та про ознаки, за якими розпізнаються підозрілі транзакції, при чому така інформація має постійно оновлюватись.

Використана література

1. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III.
2. Закон України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" від 28.11.2002 № 249-IV.
3. Качка Т. Боротьба з відмиванням грошей: Комплексний порівняльно-правовий аналіз відповідності законодавства України *acquis* Європейського Союзу в сфері боротьби та запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. – Центр європейського та порівняльного права Міністерства юстиції України. – 2003. – 120 с.

Стаття надійшла до редколегії 19.05.2010 р.

УДК 343.535

Г.Є. Болдарь

ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ БАНКРУТСТВА

У статті розглянуті розміри та види покарань за вчинення злочинів у сфері банкрутства. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення санкцій статей 218–221 КК України.

Ключові слова: *покарання, банкрутство, санкція.*

В статье рассмотрены размеры и виды наказаний за совершение преступлений в сфере банкротства. Сформулированы предложения по усовершенствованию санкций статей 218–221 УК Украины.

Ключевые слова: *наказание, банкротство, санкция.*

In the article measures and kinds of punishments for the offences concerning bankruptcy are considered. Propositions on improvement of the sanctions in the art. 218–221 of the Criminal Code of Ukraine are formulated.

Key words: *punishment, bankruptcy, sanctions.*

Інститут банкрутства є одним з найважливіших інструментів трансформації вітчизняної економіки в напрямі соціально орієнтованої ринкової: на сучасному етапі він створює справедливий баланс між приватними та