

РОЗДІЛ 8 КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.57

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВІДМИВАННЯ КОШТІВ, ОТРИМАНИХ ВІД НЕЗАКОННОГО ОБІГУ НАРКОТИКІВ, ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА ТА УКРАЇНИ

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CRIMINAL LIABILITY FOR LAUNDERING MONEY ORIGINATED FROM DRUG CRIME IN COMPLIANCE TO LEGISLATION OF THE FEDERATIVE GERMAN REPUBLIC AND UKRAINE

Безногих В.С.,

національний експерт з досліджень
Управління ООН з наркотиків та злочинності

У статті висвітлюються положення кримінального права ФРН щодо протидії відмиванню коштів, отриманих від протиправної діяльності, порівняно з положеннями статті 306 Кримінального кодексу України. Визначаються можливі напрями розвитку вітчизняного законодавства у сфері протидії відмиванню коштів.

Ключові слова: відмивання коштів, незаконний обіг наркотиків, злочинна діяльність, ФРН, Німеччина, законодавство.

В статье освещаются положения уголовного права ФРГ относительно противодействия отмыванию средств, полученных от противоправной деятельности, в сравнении с положениями статьи 306 Уголовного кодекса Украины. Определены возможные направления развития отечественного законодательства в сфере противодействия отмыванию денег.

Ключевые слова: отмывание денег, незаконный оборот наркотиков, преступная деятельность, ФРГ, Германия, законодательство.

The article highlights the position of the German criminal law relating to anti-money laundering of funds derived from illegal activity, in comparison with the provisions of Article 306 of the Criminal Code of Ukraine. The possible directions of development of national legislation in the sphere of combating money laundering.

Key words: money laundering, drug trafficking, specified unlawful activity, FRG, Germany, legislation.

Постановка проблеми. Германська правова сім'я є однією з основних складових романо-германської або Континентальної правової системи. До германської групи можна віднести правові системи таких країн, як Федеративна Республіка Німеччина, Федеративна Республіка Австрія, Швейцарська Конфедерація. В даний момент завдяки інтеграційним процесам можна говорити про єдину романо-германську систему. До цієї системи ми також відносимо правові системи країн, що утворились на теренах колишнього Радянського Союзу.

Не зважаючи на те, що велика кількість європейських країн відноситься до однієї правової системи, законодавство у кожній окремій країні розвивається та змінюється своїм шляхом, під впливом унікальних факторів, політичних та соціальних умов, виходячи з національної культури та академічних шкіл. У цьому сенсі дуже цікаво та корисно проводити порівняння подібних норм права. Зазначена вправа дає змогу прослідкувати генезис та розвиток правової норми, вивчити підходи, які використовували національні науковці при розробці норми, встановити від-

мінності між подібними за суттю нормами, їх сильні та слабкі сторони, та, якщо є така необхідність, обґрунтувати можливість внесення корисних змін у чинне законодавство.

Законодавство щодо протидії відмиванню коштів, одержаних від злочинної діяльності у Федеративній Республіці Німеччина, як і в Україні, є конвенційним, тобто воно розвивалось під впливом та за вимогою міжнародних конвенцій. Однак зазначені розділи кримінального законодавства в Німеччині і в Україні розвивались в різних умовах і мають значні відмінності. У кримінальному законі ФРН відсутня окрема норма, яка передбачає відповідальність за використання доходів, отриманих від незаконного обігу наркотиків. Але в кримінальному законодавстві Німеччини є ряд інших цікавих підходів, які варті ознайомлення та вивчення у порівнянні з нормами українського кримінального права.

Стан опрацювання. До аналізу законодавства щодо протидії відмиванню коштів, здобутих від незаконної діяльності, у тій чи іншій мірі долучалися як вітчизняні, так і закордонні науковці

(П.П. Андрушко, В.Т. Білоус, В.І. Борисов, С.Н. Балін, М.В. Бондарев, Б.С. Болотський, В.П. Головін, О.О. Дудоров, Е.А. Іванов, О.Є. Користін, Ю.В. Коротков, В.В. Лавров, В.І. Лазаренко, А.А. Музика, В.О. Навроцький, І.Б. Осмаєв, В.М. Попович, О.В. Пустовіт, Б.Г. Розовський, Ю.О. Старук, О.В. Столярський, О.М. Стрільців, О.О. Чаричанський, С.С. Чернявський, А.А. Шебунов та інші). У формі порівняння висвічувалися позитивні сторони або недоліки закордонних або вітчизняних законів щодо відмивання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків. Зазначена форма має свої переваги, вона змушує замислитися над причинами та особливостями відмінностей, одночасно розширюючи діапазон емпіричного матеріалу для дослідження.

Метою статті є визначення можливих напрямів розвитку вітчизняного законодавства у сфері протидії відмиванню коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків, на основі аналізу аналогічного законодавства Федеративної Республіки Німеччина.

Виклад основного матеріалу. Німеччина є федеративною державою, і для неї характерний дуалізм кримінального законодавства, яке складається з джерел, які належать до права земель, які входять до її складу, і законів федеральної республіки в цілому. Співвідношення між цими двома гілками кримінального права було визначено ще положеннями Веймарської Конституції, де в статті 13 сказано: «Імперське право має перевагу над земельним правом» [2] а в подальшому було закріплено у сучасній Конституції ФРН (стаття 31) [1].

Відмивання коштів у Німеччині вважається серйозним злочином, відповідальність за який передбачено статтею 261 Федерального кримінального кодексу Німеччини «Відмивання грошей; приховування незаконно отриманих зисків (вигід)» [3]. Цей злочин віднесено до розділу злочинів у сфері економіки, тому можна вважати, що об'єктом злочину є економічні відносини або економічні інтереси держави в загальному розумінні цього поняття.

Об'єктом злочину, на який спрямована третя форма об'єктивної сторони злочину, передбаченого статтею 306 Кримінального кодексу України (далі – КК України), можуть бути визначені суспільні відносини, які забезпечуються порядком обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів, націленого на забезпечення здоров'я населення шляхом недопущення немедичного вживання цих речовин [7, с. 848; 8, с. 732].

При аналізі складу злочину німецька правова наука також визначає об'єктивний і суб'єктивний елементи. Об'єктивний елемент означає саму протиправну дію [4, с. 16]. Якщо ми скористаємося звичною для нас термінологією, то можемо сказати, що об'єктивна сторона цього злочину полягає в діях, скоєних умисно або з необережності, направлених на приховування предмету, який походить від незаконної діяльності. З об'єктивної сторони, цей злочин характеризується наявністю декількох видів альтернативних протиправних діянь, направлених на легалізації чи використання незаконно отриманих пред-

метів, відповідальність за які може наступити як за окремо скоєні, так і разом:

- приховування предмета;
- утаювання походження або перешкоджання встановленню походження цього предмета, його місцезнаходження, конфіскації, вилученню, або забезпеченню такого предмета;
- придбання для себе або третьої особи предметів, зазначених у 1 частині статті (тобто предметів, отриманих від протиправної діяльності);
- зберігання або використання для себе або для третьої особи.

Дуже цікаво те, що у приведених у статті 261 ФКН дефініціях протиправних дій ми не бачимо таких традиційних для такого роду статей кодексів термінів, як «надання легального виду», «скоєння будь-яких дій (операцій або обладунків) з перетворення (конверсії) або переказу майна» «здійснення інших майнових правочинів». Вочевидь, німецькі законодавці виходили з того, що такі терміни, як «відмивання», «легалізація», «перетворення», все одне потребують детального роз'яснення в окремому законі, об'єднали суть і ціль цієї протиправної дії в одне слово «приховування», яке в подальшому може бути розширено завдяки використанню посилань на Закон про протидію легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом (Закон про відмивання грошових засобів – Geldwäschegesetz – GwG) [5]. До речі, у назві статті після словосполучення «Відмивання грошей» стоїть крапка з комою, що може вказувати на те, що друга частина назви, «приховування незаконно отриманих майнових зисків (вигід)», є розшифруванням попереднього словосполучення за образом дії.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 306 КК України, встановлює кримінальну відповідальність фактично за два окремих види суспільно небезпечних діянь, що відрізняються між собою різною метою.

По-перше, це розміщення коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, у банках, на підприємствах, в установах, організаціях та їх підрозділах або придбання за такі кошти об'єктів, майна, що підлягають приватизації, чи обладнання для виробничих та інших потреб. За своїм змістом зазначені діяння співпадають з діями, передбаченими у статті 209 КК України. По-друге, це використання таких доходів (коштів та майна) з метою продовження незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.

Використання кримінальних доходів з метою продовження незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів може мати вираз у вчиненні різноманітних дій. Найбільш поширеними з них є придбання наркосировини, прекурсорів, обладнання для виготовлення наркотиків або готового наркотичного засобу чи психотропної речовини з метою їх подальшого збуту. Іншими способами використання кримінальних доходів можуть бути придбання автотранспорту з метою транспортування наркотиків, придбання або утри-

мання приміщень для їх виготовлення або вживання, оплата поштових відправлень з наркосировиною, фінансування незаконного культивування рослин, що містять наркотичні засоби (у тому числі заздалегідь), витрати на оплату послуг зв'язку та забезпечення заходів конспірації. Визначальним у вирішенні питання про віднесення витрат до поняття «використання з метою продовження незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» є об'єктивна властивість таких витрат сприяти організації та продовженню наркобізнесу, а також усвідомлення цього винною особою та її бажання робити так само.

Лаконічним за викладенням, але необмеженим за змістом є підхід до визначення предмету злочину. Використаний у статті 261 ФККН термін «Предмет» (Gegenstand) дає змогу для дуже широкого трактування предмета злочину. Цей термін походить із загальної теорії права, і він охоплює практично усі блага життя. У цивільному праві Німеччини «Предмет» складається з «Благ» і «Прав». У свою чергу, блага можуть бути матеріальними (речі) і нематеріальними (життя, здоров'я, гідність тощо). Права ж поділяються на виключні, відносні та взаємні [6, с. 2]. Виходячи з цього, ми можемо зробити висновки, що для німецького законодавця для визначення предмета злочину важлива не конкретна форма предмету, а саме його якість, вірніше одна якість, його походження від злочинної діяльності, про що й зазначається у статті. В цілому такий підхід дає широкі можливості для застосування закону.

Згідно зі статтею 261 ФККН відповідальність за відмивання грошей може наступити у двох випадках: у разі навмисних дій і у разі дій, скоєних через легковажність або грубе недбалство. У першому випадку суд повинен встановити подвійний умисел, по-перше, знання про злочинне походження предмета (майна або грошей), по-друге, намір скоїти приховування, перешкодження проведенню розслідування тощо. Замах або спроба скоїти перелічені у статті дії також тягне за собою відповідальність. У випадку недбалості посилення на непоінформованість (необізнаність) про походження сумнівного предмету не звільняє від відповідальності отримувача, користувача або розпорядника предметом. Відповідальність також настає у випадку порушення обов'язків проявляти старанність. Ця фраза передбачає бездоганне виконання приписів німецького законодавства у різних сферах життя. Причому це може стосуватися як посадових осіб, наприклад, працівників фінансових установ, які повинні інформувати про порушення клієнтами вимог норм з протидії відмиванню коштів, так і всіх інших осіб, які через своє недбале ставлення до вказаних вище норм зробили їх необачливе порушення.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 306 КК України, характеризується виною у формі прямого умислу. Винна особа повинна усвідомлювати суспільно небезпечний характер свого діяння щодо використання грошових коштів чи іншого майна, отриманих від незаконного обігу нарко-

тиків. Зазначеної точки зору дотримується більшість дослідників і авторів коментарів до статті.

У Німеччині суб'єкт злочину – фізична осудна особа, яка досягла віку 14 років. Відповідно до німецького кримінального законодавства кримінальні справи щодо осіб у віці від 14 до 22 років розглядаються у спеціальних ювенальних судах. Але головну особливість у визначенні суб'єкта закладено в останньому реченні статті, де сказано: «Будь-хто, відповідальний за його участь у попередньому злочині (тобто предикатному), не несе відповідальності за злочини, зазначені в частинах 1 та 5 статті. З цього виходить, що до відповідальності за скоєне вмисно або з необережності відмивання коштів, приховування або перешкодження у встановленні джерела предмета тощо може бути притягнута особа, яка не скоювала предикатного злочину, з якого походить предмет (гроші, майно, права). Іншими словами, відмивання коштів відбувається по відношенню до майна, яке здобуто від протиправної діяльності, скоєної іншою особою.

Однак, що стосується злочинних дій, зазначених у частині 2 статті, тут визначений інший підхід. Придбання для себе або третьої особи предметів, зазначених у 1 частині (тобто предметів, отриманих від протиправної діяльності), або їх зберігання, або використання для себе або для третьої особи, якщо було відоме походження предмету у час його придбання, є кримінально карними для всіх без виключення. Спрощено це означає, що відповідальність настає за користування навмисне або з необережності майном, яке походить від протиправної діяльності».

Д.А. Верлан у роботі «Відмивання «брудних» грошей» зазначає: «Німецьке законодавство чітко визначає первинний (вихідний) злочин від вторинного. Первинний (як правило, тяжкий) слугує джерелом походження майна, що відмивається. Суб'єкт первинного злочину не може виступати одночасно суб'єктом вторинного злочину, яким є саме відмивання майна, коштовностей або грошей. Оскільки первинний злочин відноситься до розряду більш тяжких, то і склад первинного злочину цілком поглинає склад вторинного» [9, с. 51]. Ця думка цікава, але дискусійна, оскільки, як ми побачимо далі, серед предикатних злочинів є багато таких, які можна віднести до категорії «проступки». Практика притягнення до кримінальної відповідальності також свідчить про те, що особи можуть притягуватися до кримінальної відповідальності навіть за відсутності предикатного злочину [10], а лише за умови порушення певних правил фінансової дисципліни, визначеної у законі «Про відмивання грошей (Money Laundering Act (Geldwäschegesetz – GwG)» [11].

Суб'єкт злочину, передбаченого статтею 306 КК України, загальний – фізична осудна особа, що досягла на момент вчинення злочину віку кримінальної відповідальності. На відміну від німецького законодавства, в Україні за відмивання коштів, одержаних від незаконного обігу наркотиків, може притягатися особа, яка скоїла предикатний наркозлочин. Україн-

ське кримінальне законодавство не передбачає кримінальну відповідальність юридичних осіб.

Частина 4 статті 261 ФККН передбачає два види обтяжуючих обставин. Якщо особа скоює злочинні дії у виді промислу (в тексті «скоюються професійно» – *gewerbsmäßig*) або особа є членом злочинно угруповання (*Bande*), яка сформувалася з метою відмивання коштів.

Перелік предикатних злочинів та проступків, скоєння яких може стати предметом злочину відмивання грошей, достатньо широкий за своїм змістом. До предикатних правопорушень віднесені:

- усі злочини, тобто згідно зі статтею 12 ФККН кримінальні правопорушення, за які передбачене покарання у вигляді позбавлення волі більше ніж 1 рік;
- злочини, пов'язані з дачею хабара;
- злочини, визначені Законами «Про наркотики» та «Про прекурсорів»;
- злочини у сфері сплати податків.

Наступні злочини можуть стати предметом злочину відмивання грошей за умови, що вони були скоєні у виді промислу або членом злочинного угруповання (*Bande*), мета якого полягає у постійному скоєнні цих злочинів:

- підробка банківських карт, чеків та боргових зобов'язань;
- контроль проституції;
- торгівля людьми (з метою сексуальної та інших видів експлуатації);
- крадіжка та незаконне привласнення;
- шантаж;
- скупка та продаж крадених речей;
- шахрайство, комп'ютерне шахрайство;
- розкрадення та зловживання службовим станом;
- підробка документів;
- внесення невірних даних у публічні реєстри;
- організація азартних ігор;
- нелегальне розміщення відходів та незаконне поводження з радіоактивними, отруйними та небезпечними речовинами та товарами;
- злочини у сфері міграції;
- злочини, пов'язані з авторськими правами, торговельним знаком тощо.

За дії, пов'язані з приховуванням та утаюванням джерела походження предмета або придбанням, зберіганням, або використанням предмета, який є результатом злочинної діяльності, стаття передбачає покарання у виді позбавлення волі від 3 місяців до 5 років. При обтяжуючих обставинах (скоєно у виді промислу або членом злочинної групи) призначається покарання у вигляді позбавлення волі від 6 місяців до 10 років. У разі скоєння злочину внаслідок недбалості передбачена відповідальність у виді позбавлення волі до 2 років або штрафу.

У другій частині статті 306 КК України передбачена відповідальність за розміщення коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, у банках, на підприємствах, в установах, організаціях та їх підрозділах або використання таких коштів

для придбання об'єктів, майна, що підлягають приватизації, чи обладнання для виробничих або інших потреб, або використання таких доходів (коштів і майна) з метою продовження незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, які вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або у великих розмірах.

Частина перша статті 306 КК України передбачає відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від п'яти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом та конфіскацією майна. Дії, передбачені у другій частині, караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

В статті 261 ФККН є умови, відповідно до яких особа звільняється від відповідальності. Так, згідно з частиною 6 особа не карається, якщо предмет, про який йдеться в статті, перед цим був придбаний особою, яка при цьому не скоювала злочинного (предикатного) діяння. Положення частини 9 застосовується до того, хто добровільно повідомляє про злочин до компетентного органу або добровільно добивається, щоб таке повідомлення було зроблено, якщо до цього моменту діяння не розкрито повністю або частково, а особа (правопорушник) знала про це або могла резонно знати про це.

В статті 306 КК України не передбачено умов звільнення від кримінальної відповідальності.

Висновки. Розглядаючи положення статті 261 Федерального кримінального кодексу Німеччини, яка формує основу кримінального права у сфері протидії відмивання коштів, отриманих від протиправної діяльності та використання їх для продовження чи стимулювання злочинної діяльності, та порівнюючи їх з положеннями статті 306 КК України, можна зробити такі висновки.

1) В кримінальному законодавстві Німеччини відсутні статті, які б передбачали відповідальність за відмивання коштів, отриманих від окремого виду злочинної діяльності, як-то незаконний обіг наркотиків. Так саме, як і статті, які б криміналізували використання коштів на продовження окремого виду злочинної діяльності.

2) Усвідомлюючи многогранність діяльності організованої злочинності, законодавці Німеччини побудували кримінальний закон таким чином, що він передбачає кримінальну відповідальність за використання коштів для продовження злочинної діяльності, незалежно від якого виду злочинної діяльності ці кошти отримані, і незалежно від того, чи знає або усвідомлює це особа, якій пред'явлено обвинувачення. Це ж саме правило застосовується при приховуванні джерела злочинних доходів.

3) Незважаючи на те, що основна мета статті з протидії відмиванню коштів є унеможливлення фінансової діяльності організованої злочинності, до складу предикатних злочинів включено не тільки

серйозні злочини, але й злочини, які не пов'язані з насильством чи наркотиками. Створюючи неприпустимі умови для діяльності організованої злочинності у фінансовому секторі, німецькі законодавці провели наступ й на менш небезпечні форми фінансової злочинності як можливе підґрунтя для організованої злочинності та терористичних організацій.

4) Через те, що злочини, пов'язані з відмиванням коштів (використання та приховування джерела), грають інтегруючу роль у здійсненні серйозних

(тяжких) видів злочинів, статтею 261 ФККН передбачено покарання та штрафні стягнення навіть за невеликі злочини, які в нашому розумінні є правопорушеннями.

5) Німецьке кримінальне законодавство передбачає відповідальність юридичних осіб, якщо юридична особа була використана для відмивання коштів та рішення про неправомірні дії було прийнято колегіально групою осіб і неможливо виокремити конкретну відповідальну особу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституція Федеративної Республіки Німеччина. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rfhwb.de/Pravo/Pravo_ru/pravo_ru1.htm.
2. Конституція Німецької Імперії (редакція 11 серпня 1919 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law-students.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=261&page=1>.
3. Федеральний кримінальний кодекс Німеччини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_261.html.
4. Bohlander M. Principles of German Criminal Law / M. Bohlander. – Bloomsbury Publishing, 2012 p. – 326 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.twirpx.com/file/619724>.
5. Федеральний закон Німеччини про протидію легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.worldbiz.ru/base/20454.php>.
6. Peukert A. Sonstige Gegenstände im Rechtsverkehr / A. Peukert. – Tübingen, 2011. – 96 p.
7. Кримінальний кодекс України: наук.-практ. коментар / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.] ; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-тє вид., перероб. та допов. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2007. – 915 с.
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 5-е вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2008. – 732 с.
9. Верлан Д.А. Отмывание «грязных» денег / Д.А. Верлан ; ред. Ю.Г. Козак. – О. : Астропринт, 2000. – 251 с.
10. Енгельман Й. Не повезло в первый раз, повезет в другой? «Опасные» посылки или работа на дому в Германии / Й. Енгельман [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.advokat-engelmann.de/index.php?do=cat&category=geldwaesche>.
11. Федеральний закон про відмивання грошей (Money Laundering Act (Geldwäschegesetz – GwG) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/base/Alemania/002-GwG%20-%20Money%20Laundering%20Act%20%28Ley%20de%20Lavado%29.pd>.