

**СУБ'ЄКТИВНА СТОРОНА ВІДМИВАННЯ ГРОШЕЙ
ЯК ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ЗЛОЧИНУ****THE SUBJECTIVE SIDE OF MONEY LAUNDERING AS A TRANSNATIONAL CRIME**

Сурілова О.О.,

професор кафедри міжнародного та європейського права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Джевага-Третьякова С.Ю.,

аспірантка кафедри міжнародного та європейського права
Національний університет «Одеська юридична академія»

В статті розглядається проблематика суб'єктивної сторони відмивання грошей як транснаціонального злочину. Дане питання в статті розглядається з точки зору загальних принципів кримінального судочинства та стандартів доведення вини. Визначається форма вини, необхідна для виявлення суб'єктивної сторони відмивання грошей та рівень усвідомлення злочинності своєї поведінки суб'єктом, необхідний для встановлення такої вини. Теоретичні напрацювання юридичної науки щодо форми вини для злочину відмивання грошей досліджується в порівнянні з чинними міжнародними документами м'якого та жорсткого права, що торкаються даного питання.

Проводиться порівняльно-правове дослідження суб'єктивної сторони в національному законодавстві та практиці окремих держав, зокрема Великої Британії, США, Швейцарії, Канади. Прийняті в законодавстві даних держав підходи до поняття «навмисна сліпота», «підозра» та «припущення» порівнюються з відповідними концепціями в національному законодавстві України. Робиться висновок про принципову подібність підходів в іноземних державах та в Україні.

Розглядається питання щодо ступеню знання про злочинне походження коштів, який є мінімально необхідним для встановлення вини як форми суб'єктивної сторони злочину відмивання грошей. Розглядаються типи криміналізації відмивання коштів залежно від ступеню такого знання. Визначається момент у часі, коли дії кримінального правопорушника щодо злочину відмивання коштів можна вважати усвідомленими, а отже винними. Доводиться, що таким моментом є момент, коли особа відмовляється від вчинення дій, спрямованих на повідомлення про злочин, після того, як їй стало відомо про злочинне походження відповідних грошових активів.

Розглядається питання щодо можливості існування вини у злочині відмивання коштів у формі недбалості. Демонструється, що у випадку відмивання грошей, криміналізації підлягають лише дії в формі умислу, а криміналізація відмивання коштів у формі недбалості є недоцільною. Показується, що при такій формі вини більш доцільним є покарання менш суворими засобами, зокрема засобами адміністративного права. Дана теза підкріплюється аналізом документів міжнародного жорсткого та м'якого права, для яких характерне визнання вини за злочин відмивання коштів виключно у формі умислу.

Ключові слова: відмивання коштів, міжнародно-правовий режим боротьби з відмиванням коштів, суб'єктивна сторона відмивання коштів, транснаціональні злочини, боротьба з корупцією.

The article deals with the mens rea of money laundering as a transnational crime. This issue is considered in the article from the point of view of general principles of criminal justice and standards of proof of guilt. The form of guilt necessary to identify the mens rea of money laundering and the level of awareness of the criminality of the subject's behavior necessary to establish such guilt are determined. The theoretical development of legal science regarding the form of guilt for the crime of money laundering is examined in comparison with the current international documents of soft and hard law that touch on this issue.

A comparative legal study of the mens rea in the national legislation and practice of individual states, in particular Great Britain, the USA, Switzerland, and Canada, is conducted. The approaches to the concept of "willful blindness", "suspicion" and "assumption" adopted in the legislation of these states are compared with the corresponding concepts in the national legislation of Ukraine. A conclusion is made about the fundamental similarity of approaches in foreign countries and in Ukraine. The issue of the degree of knowledge about the criminal origin of funds, which is minimally necessary to establish guilt as a form of the mens rea of the crime of money laundering, is considered.

Types of criminalization of money laundering depending on the degree of such knowledge are considered. The moment in time is determined when the actions of the criminal offender in relation to the crime of money laundering can be considered conscious, and therefore guilty. It is proven that such a moment is the moment when a person refuses to take actions aimed at reporting a crime, after he became aware of the criminal origin of the relevant monetary assets.

The issue of the possibility of guilt in the crime of money laundering in the form of negligence is being considered. It is demonstrated that in the case of money laundering, only actions in the form of intent are subject to criminalization, and the criminalization of money laundering in the form of negligence is inappropriate. It is shown that with such a form of guilt it is more appropriate to punish by less severe means, in particular by means of administrative law. This thesis is supported by the analysis of documents of international hard and soft law, which are characterized by the admission of guilt for the crime of money laundering exclusively in the form of intent.

Key words: money laundering, the international legal regime of combating money laundering, mens rea of money laundering, transnational crimes, the fight against corruption.

Невід'ємною частиною складу будь-якого злочину є його суб'єктивна сторона. Для багатьох кримінальних правопорушень саме суб'єктивна сторона, тобто ставлення правопорушника до свого діяння, виступає ознакою, що відрізняє злочин від іншого злочину. Це вірно і для злочину відмивання грошей. В цій статті будуть розглянуті особливості суб'єктивної сторони відмивання грошей як транснаціонального злочину. Згідно із визначеннями, наведеними в міжнародних договорах та директивах ЄС, суб'єктивна сторона цього злочину містить два елементи: по-перше, необхідне знання кримінального походження залучених коштів або майна, по-друге, усвідомлення наслідків відмивання (наприклад того, що певна дія призведе до прихову-

вання, передачі, маскування чи іншого утаювання злочинного походження певного активу). Успішна криміналізація відмивання коштів вимагає, аби особи, що піддаються кримінальному переслідуванню за відмивання коштів, знали про їхнє злочинне походження на момент здійснення такого відмивання [1, с. 136]. Іншими словами, підозрюваний у вчиненні відмивання повинен бути достатньо обізнаним про попередній злочин, який призвів до доходів від злочину, які він або вона відмиває. Зокрема, міжнародні конвенції та директиви ЄС посилаються на слова «знати», що таке «майно» є «доходами, отриманими злочинним шляхом».

Відповідно до принципів кримінального судочинства щодо прав людини, зокрема презумпції невинуват-

тості, звинувачення у справі про відмивання коштів має довести «поза розумним сумнівом», що відмивач знав, що власність була отримана внаслідок кримінального правопорушення, тому це є злочинним придбанням. В іншому випадку, кримінальне покарання стає неможливим. Проте постає питання щодо необхідного рівня знань про злочинність таких доходів. Чи йдеться про фактичне знання про злочинне походження активів (в такому випадку йдеться про форму вини у вигляді непрямого умислу), або достатньо наявності підозр про те, що майно є доходом від злочинного діяння (непрямий умисел, необережність) [2].

Зробити однозначний висновок щодо необхідного рівня знання суб'єкта або це знання відповідало вимогам щодо суб'єктивної сторони злочину наразі доволі складно. Так, Віденська конвенція, Страсбурзька конвенція та Палермська конвенція посилаються лише на стандарт навмисності. Першим документом, що конкретизує це питання є, як уявляється, Варшавська конвенція. Так, відповідно до частини 3 статті 9 цієї Конвенції, «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... коли правопорушник: а) підозрював, що майно є доходом; б) повинен був припустити, що майно є доходом» [3, ст. 9(3)]. Однак, такий стандарт суб'єктивної сторони не виглядає обов'язковим для держав.

В інструментах м'якого права таких як, наприклад, модельний закон про відмивання коштів, запропонований UNODC, зазначається, що будь-яка особа, що виконує будь-яку з дій, які характеризуються як відмивання коштів, знаючи чи підозрюючи, що майно є доходом від злочину, сама вчиняє кримінальний злочин відмивання коштів [4]. Відповідно до формулювань Варшавської конвенції та згаданих вище інструментів м'якого права, загальна тенденція серед країн полягає в тому, щоб визнати суб'єктивну сторону як у формі прямого умислу, так і у формі непрямого умислу. Прикладом є законодавство Великої Британії, яке прямо містить у тексті кримінального правопорушення відмивання коштів слово «підозрілий». Зокрема, злочини з відмивання коштів у Великій Британії, сформульовані в розділі 340 (3) Закону про доходи, одержані злочинним шляхом 2002 року (Proceeds of Crime Act, POCA), в яких визначається, що «майно є майном злочинного характеру, якщо (а) воно становить власність особи, яка отримала вигоду від злочинної поведінки або вона представляє таку вигоду (повністю чи частково, прямо чи опосередковано), і (б) підозрюваний знає або підозрює, що це становить або представляє таку вигоду» [5]. Аналогічні положення можна знайти в практиці інших держав, наприклад, в рішеннях судів Канади [6], Швейцарії [7] та Сполучених Штатів [8]. Таким чином, можна зробити висновок, що для встановлення суб'єктивної сторони злочину відмивання коштів може бути достатньо довести, що обвинувачений мав непрямий умисел чи діяв з необережності (не знав про злочинне походження доходів, хоча повинен був знати).

Як уявляється, суттєвим в контексті використання терміну «підозрювати» є те, що обвинувачений повинен думати, що існує можливість неправомірного походження коштів. Слово «підозра» тут може використовуватися в тому ж значенні, що й термін «припускати» в статті 24 Кримінального кодексу України для визначення непрямого умислу [9]. Інакше кажучи, в розумінні особи, яка здійснює відмивання коштів, їхнє злочинне походження може існувати як в формі твердого знання, так і припущення чи сумніву щодо походження. В свою чергу, поняття «припущення» або «підозри» відповідають стандарту суб'єктивної сторони, відомому як непрямий умисел. З цього можна зробити висновок, що суб'єктивна сторона злочину відмивання коштів не може характеризуватися в термінах необережності, таких як кримінальна

самовпевненість та кримінальна протиправна недбалість. Тож якщо буде встановлено, що злочинець не усвідомлював злочинного походження коштів, хоча міг це усвідомлювати, буде йтися про недбалість [10, с. 82].

Водночас слід враховувати, що міжнародні стандарти визначення суб'єктивної сторони злочину не можуть бути бездумно прирівняні до відповідних концепцій в національному праві України. Щонайменше, таке прирівнення неможливе тому, що міжнародні стандарти спираються, значною мірою, на досягнення права та практики країн загального права, де різні прояви суб'єктивної сторони злочину характеризуються в інших термінах. Так, можна згадати притаманний системі загального права стандарт «навмисної сліпоты» (willful blindness), коли особа навмисно не враховує наслідки певної поведінки. У контексті процедур відмивання коштів, концепція навмисної сліпоты загального права вимагає, щоб відповідач принаймні знав або підозрював, що майно, залучене до відмивання коштів, є доходами, отриманими злочинним шляхом, але він або вона утрималися від подальшого встановлення фактів, тому що він або вона підозрював правду, але не хотів, щоб ці підозри підтвердилися. Як пояснив британський суд у справі *Westminster City Council v. Croyalgrange Ltd.*, «суд, досліджуючи факти, завжди повинен шукати докази того, що обвинувачений навмисно закрити очі на очевидне, або утримувався від пошуку істини, оскільки він підозрював правду, але не бажав, щоб ця підозра підтвердилася» [11]. Як пише британський вчений Г. Стессенс, «тільки якщо підозрюваний фактично мав підстави вважати, що доходи були отримані з незаконного джерела, але вирішив не звертати на це увагу і не ставити питання про їх походження, його дії можуть вважатися навмисною сліпотою» [12, с. 83].

Слід зазначити, що жодна з міжнародних конвенцій не містить вираз «навмисна сліпота» або будь-який із синонімічних виразів, наприклад «свідоме уникнення» або «навмисне ігнорування». Однак, про це йдеться в деяких документах м'якого права. Так, у Модельному положенні щодо відмивання коштів UNODC 2009 року зазначається, що в деяких країнах криміналізація відмивання коштів може здійснюватися з урахуванням стандарту навмисної сліпоты [13].

Теоретики права стверджують, що особа не може бути покарана за умисний злочин, якщо вона не усвідомлює наслідки та обставини своєї поведінки (або необережно ставилася до заподіяння шкоди своєю поведінкою) у звичайному перебігу подій. Виходячи з цього, можна сказати, що правопорушник, який вчиняє злочин відмивання коштів, повинен знати про наслідки своєї поведінки. Обізнаність про наслідки, звичайно, буде різною залежно від акту відмивання, який карається. Згідно з першим типом злочинів відмивання коштів, як це передбачено документами жорсткого права, обвинувачений повинен знати на момент конвертації або передачі, що активи є злочинними доходами, і обвинувачений повинен усвідомлювати, що це справді призведе до злочинного результату. Це усвідомлення під час конверсії та передачі повинні застосовуватися або приховати чи замаскувати незаконне походження такого майна, або допомогти будь-якій особі, причетній до вчинення основного злочину, уникнути несприятливих наслідків своїх дій.

Згідно з другим типом криміналізації відмивання коштів, обвинувачений повинен знати під час приховування або утаювання, що майно є доходом від злочину [14, с. 82]. Крім того, правопорушник повинен усвідомлювати, що наслідком такої поведінки буде приховування або утаювання справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, розпорядження, переміщення або власності чи права щодо доходів, одержаних злочинним шляхом. Нарешті, згідно з третім типом криміналізації відмивання коштів, повинен існувати намір придбати, володіти або

використовувати доходи від злочину, і обвинувачений повинен знати на момент отримання, що майно отримане від злочинної оборудки.

У контексті фінансової чи банківської діяльності існують особливі випадки щодо моменту чи часу, коли підозрюваний повинен мати знання щодо походження або наслідків його дій. Тут йдеться не про одномоментне, а тривале кримінальне правопорушення, тобто злочинний результат настає не через одну дію, а через поведінку протягом певного часу. Зокрема, можуть виникнути особливі ситуації, коли обвинувачений не знає кримінального походження майна на початку, під час отримання, але знає про це пізніше, протягом часу, коли відбувається відмивання. Наприклад, поширена схема відмивання грошей передбачає видачу фінансовою установою іпотечної позики з погашенням частинами, і погашення іпотеки використовується як прикриття для легалізації отриманих у злочинний спосіб доходів [15, с. 75]. Тож виникає питання: у який момент посадова особа банку стає співучасником відмивання коштів – в момент укладення угоди, отримання платежів по ній, чи після того, як цій посадовій особі стало відомо про походження грошей? Виходячи з описаних нами вище міркувань щодо суб'єктивної сторони відмивання коштів, слід дійти висновку, що моментом, коли співробітник банку скоює злочин, є момент, коли йому стає відомо про злочинне походження коштів, але він не здійснює дій, необхідних для викриття злочину, а продовжує операції з цими коштами так, ніби їхнє походження було законним.

Залишається розглянути питання про те, чи можуть існувати обставини, коли злочин відмивання коштів скоюється через необережність у формі недбалості. За кримінальним правом України, «необережність є кримінальною протиправною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити» [9]. Зазвичай, мається на увазі, що особа в своїй поведінці повинна проявляти розумну обережність, аби уникнути соціально несприятливих наслідків. Відсутність такої елементарної розумної обережності може призвести до вчинення кримінального протиправного діяння через недбалість.

Необхідно зауважити, що не всі міжнародні конвенції проти відмивання коштів містять стандарт недбалості. Так, Віденська конвенція та Палермська конвенція не згадують такої можливості взагалі. Страсбурзька конвенція дозволяє переслідування за злочин відмивання коштів якщо «правопорушник повинен був припускати, що власність є доходом» [16]. Мається на увазі дохід, одержаний від злочину. У цьому ж ключі стаття 9 Варшавської конвенції також дозволяє кожній державі-учасниці визнавати злочин відмивання коштів, якщо злочинець «повинен був припускати», що майно є доходом від злочину [3]. Стандарт «повинен був припускати» найкраще застосовувати та зазвичай він і застосовується для опису злочинів через недбалість, оскільки цей стандарт не означає, що підозрюваний дійсно знав, а лише те, що він чи вона мали обов'язок це зробити.

Якщо говорити про інструменти м'якого права, то можна згадати модельний закон про відмивання коштів UNODC, який дозволяє визнавати злочином діяння, пов'язані з відмиванням коштів, вчинені через недбалість.

Прикметно, що цей стандарт протиставляється стандарту «навмисної сліпоті», що був описаний вище. В ньому зазначено, що кримінальний злочин відмивання коштів «може бути вчинений особами, які знають, повинні були знати, або навмисно не знають» [3] про злочинне походження коштів. Аналогічно модельне положення про відмивання коштів передбачає відповідальність в разі вини у формі недбалості [13].

Однак, підтримка визнання вини в формі недбалості за злочини відмивання коштів далеко не одноставна. Так, Г. Стессенс пише, що «такий рішучий відхід від вимоги щодо умислу здається більш натхненним бажанням полегшити засудження за відмивання коштів, ніж мотивами, які стосуються винності в такому типі недбалої поведінки» [17]. Можна навести цілий ряд аргументів на користь того, що суб'єктивна сторона відмивання коштів може характеризуватися лише через умисну форму вини. Перший аргумент пов'язаний із принципами кримінального права, такими як принцип економії кримінальної репресії. Це питання має бути проаналізовано за критерієм криміналізації, який відповідає принципу *ultima ratio* кримінального права. Ця мінімалістична теорія криміналізації потрібна, оскільки вона передбачає набір умов, за яких державі дозволяється вдаватися до покарання. Відповідно до принципу *ultima ratio* кримінального права, найбільш примусова та засуджувальна техніка закону (тобто кримінальні норми) має застосовуватися лише для найсерйозніших порушень.

Кримінальне право є останнім засобом покарання, і, в принципі, воно не повинно застосовуватися за незначні правопорушення або порушення, пов'язані з необережністю. Менш серйозні або недбалі порушення повинні відповідним чином розглядатися в порядку цивільного чи адміністративного судочинства. Отже, загальним правилом, криміналізації підлягають навмисні дії, а криміналізація недбалих дій має бути винятковим заходом [18, с. 3–13]. Тож видається, що недбале відмивання коштів не має необхідної суворості та серйозності, щоб каратися кримінальним законом. Недбале відмивання може охоплюватися менш серйозними формами суспільного осуду, наприклад встановленими в рамках права адміністративних правопорушень.

Другим можливим аргументом проти боротьби з недбалим відмиванням коштів є глобальна тенденція до покарання відмивання коштів лише як умисного злочину. Жодний міжнародний документ наразі, по суті, не зобов'язує визнавати форму вини у вигляді недбалості за відмивання коштів. Навіть використання терміну «підозра», про що писалося вище, вказує, переважно, саме на умисну, а не на недбалу форму вини.

Третій і останній аргумент проти визнання вини у формі недбалості за відмивання коштів полягає в тому, що міжнародно-правове зобов'язання для держав за всіма описаними документами міжнародного та європейського права стосується лише умисної форми вини. Саме так відбувається криміналізація на національному рівні. Визнання вини у формі недбалості на міжнародному рівні створює суттєві ризики невідповідності у правозастосуванні по всьому світу, що ускладнить міжнародне співробітництво, наприклад, у видачі та виконанні запитів про правову допомогу. Отже, слід зупинитися на визнанні суб'єктивної сторони злочину відмивання коштів виключно в формі прямого чи непрямого умислу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Резнік, О.М. Кримінально-правова характеристика об'єктивних ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. *Право і суспільство*. 2020. № 2. Ч. 3. С. 133–139.
2. Бровко В.М. Проблемні аспекти суб'єктивної сторони умисного порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 5. URL: http://sej.org.ua/5_2016/24.pdf (дата звернення: 05.01.2024). С. 78–81.
3. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму, 2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text (дата звернення: 05.01.2024).

4. UNODC. Model Legislation on Money Laundering. IMF, UNODC, 1 December 2005. URL: <https://www.unodc.org/icsant/en/model-legislation.html> (дата звернення: 05.01.2024).
5. Proceeds of Crime Act 2002. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents> (дата звернення: 05.01.2024).
6. R. v. Sansregret, (1985) 1 S.C.R. 570. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/53/index.do> (дата звернення: 21.03.2024).
7. R. v. Public Prosecutor of the Canton of Vaud, 6 June 2003 (No. 6S. 59/2003). URL: https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/public_prosecutor_of_canton_ticino_v_a.a._6s._292/2004 (дата звернення: 05.01.2024).
8. United States v. Parramore, 720 F Supp. 799, 802 (N.D.Cal 1989). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/720/799/1768539> (дата звернення: 06.01.2024).
9. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 05.01.2024).
10. Мезенцева І.Є. Відмежування складу легалізації грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом, від суміжних складів. *Вісник Національного університету внутрішніх справ*. 2004. Вип. 25. С. 81–85.
11. Westminster City Council v. Croyalgrange Ltd. (1986) 83 Cr App R 155. URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c960d03e7f57ecd6e6> (дата звернення: 05.01.2024).
12. Stessens G. Money Laundering: A New International Law Enforcement Model. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 488 p.
13. UNODC. Model Provisions on Money Laundering. Report, April 2009. URL: https://www.unodc.org/documents/money-laundering/Model_Provisions_2009_Final.pdf (дата звернення: 05.01.2024).
14. Острогляд О.В. Поняття, підстави та способи криміналізації як методу кримінально-правової політики. *Juris Europensis Scientia*. 2022. Вип. 6. С. 76–81.
15. Державна служба фінансового моніторингу. Актуальні методи, способи, інструменти легалізації (відмивання) злочинних доходів та фінансування тероризму (сепаратизму). Київ, 2021. 116 с.
16. Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом від 8 листопада 1990 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_029#Text (дата звернення: 05.01.2024).
17. Stessens M. Money Laundering: A New International Law Enforcement Model. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. 246 p.
18. Багіров С.Р. «Безнаслідкова необережність» у сучасних умовах реформування кримінального законодавства: проблема та шляхи її розв'язання. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2021. Т. 7. С. 3–13.