

## РОЗДІЛ 8

# КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.375

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-7/78>

### ЛЕГАЛІЗАЦІЯ (ВІДМИВАННЯ) МАЙНА, ОДЕРЖАНОГО ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ (СТ. 209 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ): АНАЛІЗ НОВОЇ РЕДАКЦІЇ (ВІДПОВІДНО ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ № 361-ІХ ВІД 06 ГРУДНЯ 2019 Р.)

### LEGALIZATION (LAUNDERING) OF PROPERTY OBTAINED BY CRIMINAL WAY (ARTICLE 209 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE): ANALYSIS OF THE NEW EDITION (IN ACCORDANCE WITH THE LAW OF UKRAINE № 361-IX OF 06.12.2019)

Айдинян А.В., к.ю.н.,  
асистент кафедри кримінально-правової політики та кримінального права  
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У статті надана загальна характеристика нової редакції ст. 209 Кримінального кодексу України відповідно до Закону України № 361-ІХ від 06 грудня 2019 р., проводиться порівняльна характеристика чинної та попередньої редакцій ст. 209 Кримінального кодексу. Якщо попередня редакція для окреслення предмета злочину вживала три різні поняття – «доходи», «кошти», «майно», то чинна редакція використовує єдине поняття – «майно». На відміну від попередньої редакції ст. 209 Кримінального кодексу, її чинна редакція не описує предикатне діяння. Натомість з аналізу диспозиції статті можна зробити висновок, що предикатним діянням може визнаватись кримінальне правопорушення, за яке передбачено покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Міжнародне законодавство про протидію легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, зобов'язує визнавати предикатним діянням також злочин, вчинений за межами України.

Здійснюється аналіз окремих особливостей юридичної конструкції складу легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом. Зокрема, відповідно до чинної редакції ст. 209 Кримінального кодексу предметом злочину є «майно, щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання злочинним шляхом». Таке формулювання видається невизначеним і таким, що потребує конкретизації. Аналіз суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209 Кримінального кодексу, свідчить про «розширення» змісту психічного ставлення до злочинного походження майна. Наразі кримінальна відповідальність за ст. 209 Кримінального кодексу не виключена також у випадку, якщо суб'єкт повинен був знати про одержання майна злочинним шляхом. Як за попередньої, так і за чинної редакції ст. 209 Кримінального кодексу мета є факультативною ознакою складу легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом.

**Ключові слова:** злочин, кримінальне правопорушення, склад злочину, легалізація (відмивання) майна, злочинне походження майна, предмет, діяння, психічне ставлення.

The article provides a general description of the new edition of Art. 209 of the Criminal Code of Ukraine in accordance with the Law of Ukraine № 361-IX of 06.12.2019, a comparative description of the current and previous editions of Art. 209 of the Criminal Code. If the previous edition used three different concepts to define the subject of the crime – “income”, “funds”, “property”, the current edition uses a single concept – “property”. Unlike the previous edition of Art. 209 of the Criminal Code, its current edition does not describe the predicate act. Instead, from the analysis of the disposition of the article it can be concluded that a predicate act can be recognized as a criminal offense punishable by imprisonment or a fine of more than three thousand non-taxable minimum incomes. International law on combating the legalization (laundering) of property obtained by criminal way obliges to recognize a crime committed outside Ukraine as a predicate act.

The analysis of separate features of a legal structure of legalization (laundering) of the property received by a criminal way is carried out. In particular, in accordance with the current edition of Art. 209 of the Criminal Code, the subject of the crime is “property in respect of which the factual circumstances indicate that it was obtained by criminal way”. This wording seems vague and needs to be specified. Analysis of the subjective side of the crime under Part 1 of Art. 209 of the Criminal Code, testifies to the “expansion” of the content of mental attitude to the criminal origin of property. Currently, criminal liability under Art. 209 of the Criminal Code is also not excluded if the subject should have known about the acquisition of property by criminal means. Both under the previous and current version of Art. 209 of the Criminal Code, the purpose is an optional feature of the legalization (laundering) of property obtained by criminal means.

**Key words:** crime, criminal offense, corpus delicti, legalization (laundering) of property, criminal origin of property, subject, action, mental attitude.

**Актуальність теми** дослідження зумовлюється тим, що 28 квітня 2020 р. набрала чинності нова редакція Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-ІХ «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». Зокрема, цим законом ст. 209 Кримінального кодексу України (далі – КК, КК України) викладена в новій редакції. У межах публікації пропонуємо аналіз ст. 209 КК у редакції Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-ІХ.

Проблема легалізації майна, одержаного злочинним шляхом, ставала предметом дослідження багатьох вчених. Серед них П.П. Андрушко, О.М. Бандурка, А.С. Беніцький, В.І. Борисов, О.О. Дудоров, В.А. Журавель, М.В. Кор-

нієнко, Ю.В. Коротков, В.В. Лавров, Н.М. Мироненко, В.О. Навроцький, В.М. Попович, Б.Г. Розовський, Т.М. Тертиченко, О.О. Чаричанський та інші.

**Метою статті** є аналіз нової редакції ст. 209 КК України «Легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом» відповідно до Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-ІХ.

**Виклад основного матеріалу.** У межах публікації дослідження окресленої в темі проблеми буде здійснюватись за таким «алгоритмом»:

1) загальна характеристика нової редакції ст. 209 КК України;

2) аналіз особливостей юридичної конструкції складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209 КК в редакції Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-ІХ.

**1. Загальна характеристика нової редакції ст. 209 КК України відповідно до Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-IX.**

1.1. Ст. 209 КК за попередньої редакції мала назву «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом», а в диспозиції ст. 209 КК предмет злочину позначався словами «кошти» й «інше майно». Використання трьох різних за змістом понять («доходи», «кошти», «майно») в доктрині кримінального права небезпідставно критикувалося [1, с. 158], тому уніфікація в цій частині (використання єдиного найширшого за змістом поняття – «майно») видається виправданою.

Однак у Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» як у назві, так і в тексті продовжує вживатись поняття «доходи». На нашу думку, доцільно було б дотримуватись єдиного поняття (наприклад, замінити в усіх випадках «доходи» на «майно»).

1.2. Попередня редакція ст. 209 КК містила примітку до статті, в п. 1 якої розташовувалося визначення предикатного діяння. Так, тут зазначалося: «Суспільно небезпечним протиправним діянням, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, відповідно до цієї статті є діяння, за яке Кримінальним кодексом України передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян, або діяння, вчинене за межами України, якщо воно визнається суспільно небезпечним протиправним діянням, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, за кримінальним законом держави, де воно було вчинене, і є злочином за Кримінальним кодексом України й внаслідок учинення якого незаконно одержані доходи».

Чинна редакція ст. 209 КК не описує предикатне діяння, однак у диспозиції ч. 1 ст. 209 КК йдеться про «майно, щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання **злочинним** шляхом».

Умовно поділимо наведений вище п. 1 примітки до попередньої редакції ст. 209 КК на дві частини. Перша – щодо вимоги про караність предикатного діяння. У такому разі слід пригадати, що зі змісту чинної редакції ч. 2 ст. 12 КК (у редакції Закону від 22 листопада 2018 р. № 2617-VIII) за принципом від зворотного випливає, що покарання за злочин має бути більшим, ніж три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян, або має передбачати покарання у виді позбавлення волі (таке покарання характеризує злочин і відрізняє його від кримінального проступку). Отже, вжите в диспозиції ст. 209 КК нової редакції слово «злочинним» обмежує коло предикатних діянь кримінальними правопорушеннями, за які передбачено покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Отже, в частині караності предикатного діяння «вимоги» до нього згідно із Законом України від 06 грудня 2019 р. № 361-IX залишились незмінними.

Стосовно другої частини п. 1 примітки, то у зв'язку з відсутністю такої примітки постає питання щодо правових наслідків вчинення предикатного діяння за межами України. У такому разі слід пригадати міжнародні зобов'язання України, взяті нею у зв'язку з ратифікацією міжнародних актів, спрямованих на протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму. Зокрема, в п. а ч. 2 ст. 6 Конвенції про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, від 08 листопада 1990 р. (далі – Страсбурзька конвенція від 08 листопада 1990 р.) зазначається: «2. Для цілей виконання або застосування пункту 1 цієї статті: а) не має значення, чи підлягав предикатний злочин кримінальній юрисдикції Сто-

рони». Пригадаємо, що в п. 1 вказані злочини, пов'язані з відмиванням доходів. Таке ж за змістом положення передбачено в п. а ч. 2 ст. 9 Конвенції Ради Європи «Про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і про фінансування тероризму» від 16 травня 2005 р. (далі – Варшавська конвенція від 16 травня 2005 р.).

Питання віднесення міжнародних договорів до джерел кримінального права України натеper не однозначне, однак ми поділяємо думку, згідно з якою до актів кримінального законодавства слід також відносити міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України в тих випадках, коли вони безпосередньо містять кримінально-правові приписи [1, с. 78–79]. Вважаємо, що такий висновок впливає зі ст. 9 Конституції України.

Таким чином, системно аналізуючи вітчизняне й міжнародне законодавство в аспекті протидії легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, можна зробити висновок, що предикатним діянням має визнаватись не лише злочин, вчинений на території України, але й злочин, вчинений за її межами.

**2. Аналіз особливостей юридичної конструкції складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209 КК у редакції Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-IX.**

Відразу відзначимо, що в межах «рубрики» будуть проаналізовані лише ті особливості юридичної конструкції складу легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, які зазнали змін у зв'язку з набуттям чинності Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-IX.

2.1. Як видається, зміни не техніко-юридичного, а змістовного характеру торкнулися предмета злочину. Якщо раніше (до аналізованих змін) йшлося про «кошти або інше майно, одержані внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів», то наразі (згідно із чинною редакцією ст. 209 КК) йдеться про «майно, щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання **злочинним** шляхом».

Навіть поверхневий аналіз внесених змін дозволяє зробити висновок, що нове формулювання («майно, щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання злочинним шляхом») розмите й позбавлене однозначного розуміння. Які це мають бути фактичні обставини? Яких фактичних обставин досить для того, щоб ставити питання про визнання майна таким, що одержане злочинним шляхом, а отже, для порушення кримінального провадження за його легалізацію (відмивання)?

Чітких відповідей на ці питання немає і, мабуть, у принципі бути не може. А тим часом пригадаємо, що Конституційний Суд України (далі – КСУ) неодноразово наголошував на тому, що одним з елементів верховенства права є принцип правової визначеності, в якому стверджується, що обмеження основних прав людини й громадянина й втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями (підпункт 3.1 п. 3 Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010).

2.2. Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209 КК, суттєвих змін не зазнала. Нова редакція додала ще одне альтернативне діяння – «розпорядження майном» (поряд із «набуттям», «володінням», «використанням» та іншим). Однак, на наше переконання, такі зміни не мають змістовного характеру, оскільки за попередньої редакції ст. 209 КК розпорядження майном розглядалось як вид (форма) його використання. Так,

в абз. 2 п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 (далі – ППВСУ № 5) зазначається: «Використання коштів або іншого майна, одержаних унаслідок вчинення предикатного діяння, – це таке їх використання чи розпорядження ними, яке може бути й не пов'язане зі вчиненням фінансової операції чи укладенням угоди щодо них, оскільки такі дії названі в диспозиції ч. 1 ст. 209 КК (2341-14) як самостійні способи вчинення злочину. Зазначені кошти чи майно можуть бути використані, зокрема, під час здійснення господарської діяльності, в тому числі підприємницької».

2.3. Зазнали змін також суб'єктивні ознаки, а саме – ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 209 КК.

Якщо попередня редакція прямо не вказувала на психічне ставлення суб'єкта до вчинюваної ним дії по відмиванню майна, то чинна редакція конкретизує: «<...> якщо ці діяння вчинені особою, яка знала або повинна була знати, що таке майно прямо чи опосередковано, повністю чи частково одержано злочинним шляхом». Отже, знала або повинна була знати (вочевидь, таке ставлення не «вписується» в конструкцію умислу).

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 зрозуміло, що зараз склад умисного злочину «Легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом» 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.

Мабуть, цей підхід виправданий із боку практики, оскільки довести факт, що суб'єкт був обізнаним (знав) про незаконне походження майна, досить складно. У цьому плані слушно видається позиція науковців, які відзначають, що, зважаючи на високий рівень латентності аналізованої категорії злочинів, враховуючи той факт, що злочинці постійно вдосконалюють способи вчинення відмивання доходів, використовуючи складний ланцюг операцій задля заплутування сліду «брудних» капіталів, у тому числі в межах кількох країн, таке розширення суб'єктивної сторони відмивання «брудного» майна цілком обгрунтоване й таке, що сприяє реалізації кримінальної відповідальності стосовно осіб, які не брали участі у вчиненні предикатного злочину, але скоїли діяння, що означають легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом [1, с. 119].

Мало того, цей «елемент необережності» допускається Варшавською конвенцією від 16 травня 2005 р., п. 3 ст. 9 якої передбачає: «Кожна Сторона може вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинними відповідно до її внутрішнього законодавства всіх або деяких із діянь, зазначених у пункті 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».

А відповідно до п. с ч. 2 ст. 9 цієї Конвенції усвідомлення, намір чи мету, необхідні як елемент складу злочину, зазначеного в згаданому пункті, можна встановлювати з об'єктивних, фактичних обставин.

Нехай не прямо, але зазначене свідчить, що на рівні Варшавської конвенції (до речі, аналогічне положення міститься також у п. с ч. 2 ст. 6 Страсбурзької конвенції від 08 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.

Таким чином, загалом запропоноване новою редакцією ст. 209 КК 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.

Щодо мети, то як попередня, так і чинна редакція ч. 1 ст. 209 КК передбачає мету як факультативну ознаку складу. Річ у тім, що мета стосується лише одного з альтернативних діянь – «вчинення дій, спрямованих на приховування, маскування походження такого майна або володіння ним, права на таке майно, джерела його походження, місцезнаходження». Такого висновку можна дійти шляхом філологічного тлумачення ч. 1 ст. 209 КК.

Разом із тим, розмежовуючи склади ст. ст. 209 і 198 КК, Пленум Верховного Суду України у своїй постанові № 5 (вище – ППВСУ № 5) відзначив: «Визначальним фактором у розмежуванні цих злочинів є мета. Згідно зі ст. 209 КК метою вчинення дій із коштами або іншим майном є надання їх походженню легального статусу, а для дій, передбачених ст. 198 КК, не вимагається надання такого статусу майну. Якщо дії, відповідальність за які встановлена цією статтею, вчиняються з метою надання майну легального статусу, вони підлягають кваліфікації за ст. 209 КК».

У доктрині кримінального права відзначається, а з аналізу ч. 1 ст. 209 КК випливає, що мета не є обов'язковою ознакою цього складу злочину, оскільки безпосередньо там не зазначена. Проблема полягає в тому, що суди України не кваліфікують скоєне діяння за ст. 209 КК, надаючи пріоритет положенням п. 17 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 2005 р. № 5, а не чинному Кримінальному кодексу України [2, с. 144].

Інші вчені, а саме С.С. Чернявський, О.В. Процюк, О.О. Хабчук, навпаки, пропонують свою редакцію ч. 1 ст. 209 КК, в якій мета є обов'язковою ознакою складу [3, с. 94].

На думку А.С. Беніцького, основним критерієм, який дозволяє розмежовувати злочини, передбачені ст. ст. 198 і 209 КК України, є статус майна, який отримано внаслідок вчинення предикатного злочину (а не мета – А. А.). Для притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 209 КК України важливо, щоб такому майну було надано вигляд правомірно здобутого [4, с. 288].

У своєму авторефераті А.С. Беніцький зазначає: «Якщо під час здійснення задалегідь не обцяної угоди з майном, здобутим злочинним шляхом, вимоги цивільного законодавства зовні дотримуються, то застосовується ст. 209 КК України, якщо ні – то ст. 198 КК України» [5, с. 15].

На нашу думку, критерій розмежування ст. ст. 209 і 198 КК А.С. Беніцьким заслуговує на увагу. Так, спеціальну мету ч. 1 ст. 209 КК не передбачає як обов'язкову ознаку, однак із назви статті й зі змісту диспозиції можна зробити висновок, що злочинно здобуте майно внаслідок вчинення діянь, описаних у ч. 1 ст. 209 КК, має отримати видимість легального (інакше в чому, власне, сутність легалізації?). І надання правомірного вигляду набуттю, володінню, використанню чи розпорядженню «брудним» майном під час легалізації знаходиться, скоріш, у площині об'єктивної сторони складу цього злочину, ніж суб'єктивної (наприклад, мети).

Узагальнюючи наведене вище, можна сформулювати такі **висновки**:

1) чинна редакція ст. 209 КК уніфікувала термінологію щодо визначення предмета легалізації; якщо раніше використовувалися три різні за змістом поняття («доходи», «кошти», «майно»), то зараз вживається єдине поняття – «майно»;

2) чинна редакція ст. 209 КК не описує предикатне діяння, однак у диспозиції ч. 1 ст. 209 КК йдеться про

«майно, щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання **злочинним** шляхом». З урахуванням ст. 12 КК таке формулювання обмежує коло предикатних діянь злочинами, тобто кримінальними правопорушеннями, за які передбачено покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Міжнародне законодавство про протидію легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, зобов'язує визнавати предикатним діянням також злочин, вчинений за межами України;

3) стосовно юридичної конструкції складу легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, у редакції Закону України від 06 грудня 2019 р. № 361-ІХ:

– предметом злочину визнається «майно, щодо якого фактичні обставини свідчать про його одержання злочинним шляхом»; таке формулювання видається невизначеним і таким, що потребує конкретизації;

– «розширений» зміст психічного ставлення до злочинного походження майна; наразі кримінальна відповідальність за ст. 209 КК не виключена також у випадку, якщо суб'єкт «повинен був знати» про одержання майна злочинним шляхом; такий підхід видається виправданим із боку практики й не суперечить міжнародному законодавству про протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом;

– як за попередньої, так і за чинної редакції ст. 209 КК мета не є обов'язковою ознакою складу легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом. Водночас для розмежування ст. ст. 209 і 198 КК важливим є статус майна, який отримано внаслідок вчинення предикатного злочину. Для притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 209 КК України злочинно здобуте майно внаслідок вчинення діянь, описаних у ч. 1 ст. 209 КК, має отримати видимість легального.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Дудоров О.О. Тертиченко Т.М. Протидія відмиванню «брудного» майна: європейські стандарти та Кримінальний кодекс України : монографія. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.
2. Крайник Г.С., Заточна В.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних у злочинний спосіб. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. 2019. Вип. 1 (85). С. 139–146.
3. Чернявський С.С., Процюк О.В., Хабчук О.О. Проблемні питання кваліфікації злочинів, передбачених ст. 209 КК. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 1. С. 84–95.
4. Беніцький А.С. Відмежування придбання, зберігання та збуту майна, одержаного злочинним шляхом, від суміжних складів злочинів. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2015. № 1. С. 286–295.
5. Беніцький А.С. Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (проблеми кримінально-правової кваліфікації) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2002. 20 с.