

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

ВАСІЛІН Є. М.,
здобувач
(Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка)

УДК 343.37

**СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 218-1
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Стаття присвячена дослідженню суб'єкта такого злочину, як доведення банку до неплатоспроможності (ст. 218-1 Кримінального кодексу України).

Ключові слова: банк, неплатоспроможність, доведення, суб'єкт, злочин, пов'язана з банком особа.

Статья посвящена исследованию субъекта такого преступления, как доведение банка к неплатежеспособности (ст. 218-1 Уголовного кодекса Украины).

Ключевые слова: банк, неплатежеспособность, доведение, субъект, преступление, связанное с банком лицо.

The article is devoted to the analysis of the subject of such crime, as bringing the bank to insolvency (Article 218-1 of the Criminal Code of Ukraine).

Key words: bank, insolvency, bringing, subject, crime, bank-related person.

Вступ. 2 березня 2015 р. Верховна Рада України (далі – ВРУ) прийняла Закон № 218-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» (далі – Закон № 218-VIII). Одним із наслідків набрання чинності цим Законом стало доповнення Кримінального кодексу України (далі – КК України) ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності», наявність якої, за задумом парламентаріїв, мала б сприяти створенню в Україні ефективного механізму кримінально-правової протидії випадкам доведення банку до неплатоспроможності і, разом з іншими прийнятими заходами, зупинити масове банкрутство банків, пікові показники якого спостерігалися саме в 2014 – I кварталі 2015 рр.

Та час довів, що очікуваного законодавцем ефекту прийняття досліджуваної кримінально-правової новели не принесло. Показовою в контексті оцінки ефективності норми про доведення банку до неплатоспроможності виглядає офіційна статистика її застосування: за 2015–2018 рр. органи досудового розслідування не виявилися спроможними направити до суду жодного з 27 розпочатих ними кримінальних проваджень за ст. 218-1 КК України. Видається, що продемонстрована неефективність розглядової заборони значною мірою зумовлена відсутністю ґрунтовних теоретичних розроблень відповідної проблематики, зокрема досліджень суб'єкта доведення банку до неплатоспроможності.

Постановка завдання. Метою цієї статті є аналіз суб'єкта злочину, передбаченого ст. 218-1 КК України, та розроблення на цій основі науково обґрунтованих рекомендацій, направлених на вдосконалення чинного кримінального законодавства.



Результати дослідження. Як і в загальній нормі про доведення до банкрутства, суб'єкт аналізованого злочину також є спеціальним. Однак, доповнюючи КК України нормою про доведення банку до неплатоспроможності, законодавець вирішив уточнити коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за відповідні діяння, адже замість вказаних у ст. 219 «засновників (учасників) та службових осіб» у диспозиції ст. 218-1 КК України вживається притаманний банківському праву термінологічний зворот «пов'язані з банком особи».

Проаналізувавши пояснювальну записку до законопроекту № 2085 від 10 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» (далі – законопроект № 2085), О.О. Дудоров та Р.О. Мовчан дійшли висновку, що рушійним мотивом ухвалення такого рішення стало прагнення зробити можливою кримінальну відповідальність не лише осіб, які, так би мовити, уособлюють безпосередній менеджмент банку і фігурують в установчих документах як засновники або службові особи, а й інших пов'язаних із банком осіб, котрі нерідко виступають реальними власниками банку [1, с. 88].

Загалом, наше ставлення до таких нововведень є позитивним, адже на сторінках юридичної літератури вже неодноразово доводилось, що формальне визначення спеціального суб'єкта злочинів, пов'язаних із банкрутством, є рудиментом концепції «господарсько-посадових» злочинів, яка придатна для радянського кримінального права і не враховує особливостей ринкової економіки, заснованої на приватному праві, де організація може керуватися не офіційно призначеним директором, а тінювим («кінцевим бенефіціарним власником», істотним кредитором тощо) [2].

Зважаючи на бланкетний характер диспозиції розглядової норми, з'ясування змісту терміну «пов'язана з банком особа» вимагає від нас звернення до приписів регулюючого банківського законодавства. Водночас маємо зауважити про цікавий факт: якщо при визначенні змісту деяких інших ознак досліджуваного складу злочину правозастосовець мав сам «відшукувати» необхідний акт бланкетного законодавства, то необхідність такого «пошуку» відпала, адже в п. 2 примітки до ст. 218-1 КК України законодавець прямо вказав на те, що в цій статті термін «пов'язана з банком особа» вживається у значенні, визначеному Законом України «Про банки і банківську діяльність».

Коментуючи можливість використання такого прийому законодавчої техніки, Г.З. Яремко небезпідставно відзначає, що такі бланкетні посилання є поодинокими, що закономірно. Посилання на конкретний нормативно-правовий акт спрощує правозастосування, але кримінально-правова норма з таким посиланням не є гнучкою. Така конкретизована форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу доцільна лише за умови стабільності відповідного регулятивного законодавства; за інших умов варто вказувати на юридичну силу та (або) галузеву належність акта, що застосовується для конкретизації змісту бланкетної диспозиції [3, с. 67, 135–136].

Однак, проаналізувавши тенденції розвитку вітчизняного банківського законодавства, слід констатувати те, що згадану Г.З. Яремко «стабільність» не можна вважати його іманентною рисою останнього. Не маючи на меті описувати всі ті численні зміни, які останніми роками відбулися в банківському законодавстві, у контексті сказаного лише наведемо приклад із нормативним визначенням вживаного у ст. 218-1 КК України терміна «неплатоспроможний банк». Мова ведеться про таке: якщо до 23 лютого 2012 р. зміст вказаного поняття розкривався в положеннях Закону України «Про банки і банківську діяльність», то вже після вказаної дати і донині – у Законі України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Не виключаємо, що в майбутньому подібні зміни можуть торкнутися і законодавчої регламентації поняття «пов'язана з банком особа» (як і будь-яких інших положень), у зв'язку з чим передбачене п. 2 примітки до ст. 218-1 КК посилання до конкретного нормативно-правового акту вважаємо недоречним і таким, що має бути усуненим в процесі удосконалення норми про доведення банку до неплатоспроможності.



У відповідності до ч. 1 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність» пов'язаними з банком особами є: 1) контролери банку; 2) особи, які мають істотну участь у банку, та особи, через яких ці особи здійснюють опосередковане володіння істотною участю у банку; 3) керівники банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів банку; 4) споріднені та афілійовані особи банку, зокрема учасники банківської групи; 5) особи, які мають істотну участь у споріднених та афілійованих особах банку; 6) керівники юридичних осіб та керівники банків, які є спорідненими та афілійованими особами банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів цих осіб; 7) асоційовані особи фізичних осіб, зазначених у пунктах 1–6 цієї частини; 8) юридичні особи, в яких фізичні особи, зазначені в цій частині, є керівниками або власниками істотної участі; 9) будь-яка особа, через яку проводиться операція в інтересах осіб, зазначених у цій частині, та на яку здійснюють вплив під час проведення такої операції особи, зазначена в цій частині через трудові, цивільні та інші відносини.

Як ми бачимо, вітчизняні парламентарі передбачили досить широке коло пов'язаних із банком осіб, що, здавалося б, має усунути підґрунтя для уникнення відповідальності особами, які можуть впливати на діяльність банку і за допомогою цього впливу довели його до неплатоспроможності.

Та при цьому слід мати на увазі зауваження експертів, котрі зазначають, що саме значне розширення кола пов'язаних із банком осіб навряд чи зможе вирішити проблему притягнення до відповідальності не фактичних, а реальних власників фінансової установи.

Зокрема, Н.М. Тараба стосовно цього зазначає, що норми чинного законодавства не дають відповіді на таке запитання: як притягнути до відповідальності фактичних володільців, а не формальних, «схованих» за офшорами, зв'язок із якими неможливо підтвердити документально. «Відповідно до цього, – констатує фахівець, – може скластися ситуація, коли до відповідальності притягнуть кого завгодно, крім реального замовника та вигодоотримувача незаконної операції» [4].

У ч. 2 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність» було закріплено обов'язок самих банків подавати Національному банку України (далі – НБУ) інформацію, про пов'язаних із банком осіб, у порядку, встановленому нормативно-правовими актами НБУ (ідеться про Постанову Правління НБУ від 12 травня 2015 р. № 315 «Про затвердження Положення про визначення пов'язаних із банком осіб» (далі – Постанова НБУ № 315)).

Однак уже в наступній ч. 3 цієї ж правової норми вітчизняні парламентарі надали право НБУ при здійсненні банківського нагляду самостійно визначати пов'язаними з банком особами фізичних та юридичних осіб, зазначених у п. п. 1–9 ч. 1 цієї статті, за наявності ознак, визначених у нормативно-правових актах НБУ, з урахуванням характеру взаємовідносин, операцій та наявності інших зв'язків із банком.

Коментуючи розглядані приписи банківського законодавства, М.О. Саєнко наголошує, що вони фактично дозволяють НБУ доповнювати перелік пов'язаних із банком осіб на власний розсуд, ґрунтуючись на суб'єктивних факторах, зокрема, з урахуванням загадкової фрази «характер взаємовідносин і зв'язків з банком». Відповідно до цього, НБУ буде визначати критерії зарахування певних учасників ринку до переліку пов'язаних із банком осіб, що створить сприятливий ґрунт для різноманітних маніпуляцій і корупційних зловживань, з якими всі так показово намагаються боротися [5].

У висновку громадської антикорупційної експертизи на законопроект № 2085 (виконав Р.М. Скляр) прямо вказується на те, що поєднання в НБУ права визначати пов'язаних із банком осіб та повноваження щодо здійснення нагляду за банками щодо операцій із цими особами створює корупційні ризики, пов'язані з некоректним формулюванням ознак, пов'язаних із банком осіб у нормативно-правових актах НБУ з метою маніпулювання цими ознаками при здійсненні банківського нагляду та отримання неправомірної вигоди від комерційних банків.

Небезпідставність висловлених спеціалістами побоювань підтверджується і вже існуючою практикою НБУ, яка, за свідченням експертів, суттєво відрізняється від того, що про-



писано в законодавстві. Зокрема, посилаючись на ч. 3 ст. 52, НБУ інколи «забуває» про те, що він не може називати осіб пов'язаними з банком тільки на підставі власних припущень, а може оперувати лише критеріями, вказаними у ч. 1 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність». «До того ж, – зауважує О.В. Ярецький, – недостатньо довести зв'язаність сторін, потрібно ще довести, що всі операції проводилися в інтересах акціонерів банку і сторони отримали вигоду. Немає формальних ознак, встановлених законом, тож немає і пов'язаності, що б там НБУ не встановлював у «своїх» нормативно-правових актах» [6].

До речі, не можемо не зазначити й те, що не менше коло для зловживань міститься і «у своїх» нормативно-правових актах НБУ, зокрема в згаданій вище Постанові НБУ № 315, у якій і розкриваються «загадкові» для М.О. Саєнка ознаки «характеру взаємовідносин, операцій та наявності інших зв'язків із банком», які дають підстави НБУ включати тих чи інших фізичних або юридичних осіб до пов'язаних із банком. Так, істотні нарікання викликають такі неоднозначні формулювання: «де банк або пов'язані з ним особи відіграють **дуже важливу роль**», «не має **суттєвої** господарської діяльності або доходів», «**із великою вірогідністю** призведуть до проблем у діяльності цієї особи», «особа діє **переважним чином** як представник інтересів банку», «особа має спільні або **дуже близькі** адреси», «структура власності особи **невиправдано** складна», «ціни, за якими відбувся викуп активів та/або отримання послуг банком від особи, **суттєво** відрізняються від ринкових» тощо.

Наслідком продемонстрованої правової невизначеності, а також неправильного тлумачення положень ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність» з боку НБУ, стало те, що вже декілька рішень НБУ про визнання тієї чи іншої особи, пов'язаною з банком, скасовувались у порядку адміністративного судочинства.

*Так, у справі про визнання протиправним та скасування рішення Комісії з питань визначення пов'язаних із банком осіб і перевірки операцій банків із такими особами НБУ від 13 грудня 2016 р. № 105 в частині визнання позивачів, пов'язаних з ПАТ КБ «ПриватБанк», окружний адміністративний суд м. Києва, дослідивши зміст операцій, які здійснювала гр. л. в інтересах пов'язаних осіб банку, відзначає **неправильне застосування п. 9 ч. 1 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність»**, оскільки НБУ фактично **підмінює** визначення «операції здійснені гр. л.» на «операції Lumil Investments LLP, Berlini Commercial LLP, Sofinat Investments LLP». Зважаючи на це, суд дійшов висновку про відсутність правових підстав для прийняття відповідачем НБУ оскаржуваного рішення № 105 від 13 грудня 2016 р. в частині визнання позивачів пов'язаними з ПАТ КБ «ПриватБанк» особами [7].*

Виявивши вказані недоліки законодавства та практики його застосування з боку НБУ, залишається лише погодитись із О.О. Дудоровим та Р.О. Мовчаном, котрі констатують, що ще більш неприпустимими розглядані положення виглядають у світлі встановлення ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 218-1 КК, адже за існуючого стану речей складається парадоксальна та аномальна ситуація, коли НБУ, завдяки праву визначати на власний розсуд коло осіб, пов'язаних із банком, фактично наділяється ВРУ притаманними лише їй повноваженнями змінювати обсяг криміналізації поведінки людини [1, с.90].

Відповідно до п. 3 розділу 1 Постанови НБУ № 315 не є пов'язаними з банком особами:

1) за ознакою афілійованості: держава Україна (в особі відповідного органу державної влади або управління та/або суб'єктів, що діють на основі лише державної власності); територіальна громада (в особі відповідного органу місцевого самоврядування); міжнародна фінансова установа, з якою Уряд України уклав договір про співробітництво та для якої встановлені привілеї та імунітети;

2) юридичні особи за ознакою спорідненості через наявність істотної участі осіб, зазначених у попередньому підпункті.

На практиці певні труднощі можуть виникнути при кримінально-правовій оцінці тих непоодиноких випадків, коли доведення банку до неплатоспроможності стає результатом виконання рішення певних колективних органів банку.

Приміром, у заяві Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (далі – Фонд) від 9 грудня 2016 р. № 30–46616/16 вказується на те, що неплатоспроможність ПАТ «КСГ Банк»



стала наслідком рішень про надання кредитів деяких підприємств, які були прийняті кредитним комітетом банку і в подальшому затверджувались протоколами спільного засідання наглядової ради та правління банку.

На думку А.В. Вігирінського, у таких випадках, коли за рішення, приміром, про кредитування голосують члени комітету (комісії) і воно приймається більшістю голосів, унеможливується персоналізована відповідальність» [8].

Однак, аналізуючи ці висловлювання спеціаліста, О.О. Дудоров та Р.О. Мовчан небезпідставно оцінили їх занадто категоричними. Натомість, спираючись на загальнотеоретичні положення про кваліфікацію злочинів, учені зазначають, що з кримінально-правової точки зору питання вирішується інакше: якщо доведення банку до неплатоспроможності стає результатом виконання рішення колегіального органу, яке є остаточним і обов'язковим, кожний учасник такого органу, котрий голосуванням чи в інший спосіб сприяв його прийняттю, має нести кримінальну відповідальність (як виконавець злочину) [9, с.287]. Слушними є зауваження науковців щодо того, що не повинна відповідати за доведення банку до неплатоспроможності та пов'язана з банком особа, яка голосувала проти ухвалення рішення, що призвело до включення банку до категорії неплатоспроможних. Тоді, коли особа діяла, виконуючи обов'язкове для неї рішення колективного органу управління, питання про кваліфікацію її поведінки має вирішуватись з огляду на субінститут виконання наказу чи розпорядження (ст. 41 КК України) [1, с.107].

Розглядаючи заяви Фонду про вчинення злочину, передбаченого ст. 218-1 КК України, ми звернули увагу на те, що, на думку посадових осіб останнього, у 87% випадків доведення банку до неплатоспроможності стає результатом спільних дій щонайменше двох пов'язаних із банком осіб, якими здебільшого виступають голова та члени правління банку, директори департаментів, власники банку, голова та члени наглядової ради тощо.

Зазначена інформація дає підстави вести мову не про поодинокі випадки, а про наявність чітко сформованої закономірності до скоєння більш суспільно небезпечного різновиду доведення банку до неплатоспроможності – вчинення його у співучасті.

Видається, що логічною реакцією законодавця на наявність продемонстрованої тенденції має стати доповнення аналізованої норми такою кваліфікуючою ознакою, як «вчинене за попередньою змовою групою осіб». Позаяк ми пам'ятаємо, що чинна редакція ст. 218-1 КК України припускає можливість лише індивідуалізації, а не диференціації кримінальної відповідальності за групове доведення банку до неплатоспроможності.

На користь озвучених нами пропозицій свідчить й іноземний досвід кримінально-правової протидії відповідним злочинним проявам. Зокрема, мова ведеться про кримінальне законодавство Молдови, парламентарії якої виділили таку кваліфікуючу ознаку умисного спричинення неспроможності банку, як вчинення цього діяння **групою адміністраторів та/або акціонерів** (ч. 4 ст. 252 КК Молдови) [10].

У випадках, коли до доведення банку до неплатоспроможності є причетними й інші, жодним чином не пов'язані з банком особи, не виключена (у разі встановлення всіх інших необхідних ознак складу злочину) така кримінально-правова оцінка дій винних, як співучасть із розподілом ролей у вчиненні злочину, передбаченого ст. 218-1 КК України, із посиленням на відповідні частини ст. 27 КК України.

Висновки. Отже, підсумовуючи написане, слід дійти таких висновків:

1) суб'єкт доведення банку до неплатоспроможності є спеціальним: ним можуть бути визнані лише пов'язані з банком особи. Вказівку на цих суб'єктів, замість зазначених у ст. 219 КК України «засновників (учасників) та службових осіб», слід, насамперед, пов'язувати з прагненням вітчизняних парламентаріїв зробити можливою кримінальну відповідальність не лише осіб, які уособлюють безпосередній менеджмент банку і фігурують в установчих документах як засновники або службові особи, а й інших пов'язаних із банком осіб, котрі нерідко виступають реальними власниками банку;

2) було доведено недоречність і запропоновано видалення передбаченої п. 2 примітки до ст. 218-1 КК відсилки до конкретного нормативно-правового акта (Закону України «Про



банки і банківську діяльність»), адже така конкретизована форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу була б виправданою лише за умови, не характерної для вітчизняного (зокрема банківського) законодавства стабільності;

3) обґрунтовано положення про те, якщо доведення банку до неплатоспроможності стає результатом виконання рішення колегіального органу, яке є остаточним і обов'язковим, то кожний учасник такого органу, котрий голосуванням чи в інший спосіб сприяв його прийняттю, має нести кримінальну відповідальність (як виконавець злочину). Водночас не повинна відповідати за доведення банку до неплатоспроможності та пов'язана з банком особа, яка голосувала проти ухвалення рішення, що призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних;

4) аналіз заяв Фонду про вчинення злочину, передбаченого ст. 218-1 КК України, засвідчив, що в абсолютній більшості випадків неплатоспроможність банку стає наслідком спланованої діяльності декількох суб'єктів, яка значно полегшує досягнення відповідного злочинного результату. З огляду на це, в новій редакції норми про доведення банку до неплатоспроможності пропонується передбачити таку кваліфікуючу ознаку розгляданого діяння, як «вчинене за попередньою змовою групою осіб».

Список використаних джерел:

1. Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінально-правова заборона щодо доведення банку до неплатоспроможності: сумнівна законодавча новела. Право і громадянське суспільство. 2015. № 1. С. 71–115. URL: <http://lcslaw.knu.ua>.
2. Качество уголовного закона: проблемы Особенной части: монография / отв. ред. А.И. Рапог. Москва: Проспект, 2017. 384 с. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=BBQxDwAAQBAJ&pg=PT183&lpg=PT183&dq=%>.
3. Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2010. 408 с.
4. Тараба Н.В. Усиление ответственности за доведение банка до банкротства не затронет владельцев уже проблемных финучреждений. URL: http://www.prostopravo.com.ua/finansy/stati/usilenie_otvetstvennosti_za_dovedenie_bank_a_do_bankrotstva_ne_zatronet_vladeltsev_uzhe_problemyh_finuchrezhdeniy.
5. Саенко М.О. Відповідальність перших осіб перед клієнтами: ілюзія чи реальність? Юрист&Закон. 5 березня 2015 р. № 8.
6. Слесарук С.М. Суркіс забив гол у ворота Нацбанку. URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/406011/surkis-zabyv-gol-u-vorota-natsbanku>.
7. Постанова окружного адміністративного суду м. Києва від 17 травня 2017 р. № 826/20221/16. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO12925.html.
8. Вігірінський А.С. Рятівний круг для НБУ: відповідальність пов'язаних з банками осіб – не більше, ніж черговий популізм. URL: http://blogs.lb.ua/andriy_vigirinskiy/298073_gyativniy_krug_nbu.html.
9. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
10. Уголовный кодекс Республики Молдова. URL: <http://lex.justice.md/ru/331268/>.

