

ВІСНОВОК

Національного агентства з питань запобігання корупції

до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу

України та Кримінального процесуального кодексу України щодо

криміналізації контрабанди товарів та підакцизних товарів,

а також недостовірного декларування товарів»

(реєстр. № 5420 від 23.04.2021)

Законопроект, відповідно до пояснівальної записки до нього, спрямований на встановлення кримінальної відповідальності за контрабанду товарів та підакцизних товарів, а також за недостовірне декларування товарів, що призвело або могло привести до неправомірного зменшення чи звільнення від сплати митних платежів.

Для досягнення вказаної мети суб'єктом права законодавчої ініціативи, серед іншого, пропонується:

1) доповнити Кримінальний кодекс України (далі – КК України) новими ст.ст. 201-2, 201-3, 201-4;

2) доповнити ч. 3 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) новим абзацом, відповідно до якого, якщо під час розслідування кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 201, 201-1, 201-2, 201-3, ч. 4 ст. 201-4 КК України, буде встановлено, що вони вчинені службовою особою з використанням влади чи службового становища, за наявності однієї з умов, визначених ч. 5 ст. 216 цього Кодексу, такі кримінальні правопорушення розслідаються детективами Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ).

В межах компетенції Національного агентства вважаємо за доцільне звернути увагу на окремі аспекти законопроекту, удосконалення яких сприяло би підвищенню рівня ефективності його реалізації.

1. Одним із ключових положень законопроекту, яке безпосередньо стосується антикорупційної політики, є пропозиція щодо розширення підслідності НАБУ за рахунок включення до неї злочинів, передбачених ст.ст. 201, 201-1, 201-2, 201-3 та ч. 4 ст. 201-4 КК України (в редакції законопроекту).

З приводу цієї пропозиції слід зазначити, що відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» завданням НАБУ є **протидія кримінальним корупційним правопорушенням**, які вчинені вищими посадовими особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та становлять загрозу національній безпеці, а також вжиття інших передбачених законом заходів щодо протидії корупції.

З огляду на вказане, на нашу думку, цілком допустимим є розгляд питання про можливість віднесення кримінальних правопорушень, відповіальність за які пропонується встановити законопроектом, до числа корупційних.

Згідно з приміткою до ст. 45 КК України корупційними кримінальними правопорушеннями відповідно до цього Кодексу вважаються кримінальні правопорушення, передбачені ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у *випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем*, а також кримінальні правопорушення, передбачені ст.ст. 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368 – 369-2 цього Кодексу.

Слід зазначити, що вказана норма не містить визначення корупційного кримінального правопорушення, не фіксує його сутнісні ознаки. При цьому законодавче закріплення ознаки «корупційності» того чи іншого кримінального правопорушення відбувається двома способами: безумовним (ст.ст. 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368 – 369-2 КК України) та умовним, за якого правопорушення набуває ознак корупційного у випадку його вчинення шляхом зловживання службовим становищем (ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК України).

З урахуванням пропозиції про віднесення злочинів, передбачених ст.ст. 201, 201-1, 201-2, 201-3 та ч. 4 ст. 201-4 КК України (в редакції законопроекту), в разі їх учинення службовою особою «з використанням влади чи службового становища», до підслідності органу досудового розслідування, завданням якого є *протидія кримінальним корупційним правопорушенням*, цілком послідовним виглядатиме такий законодавчий крок як віднесення цих правопорушень до числа корупційних способом, який вище визначено як «умовний».

З огляду на вказане під час опрацювання законопроекту пропонуємо розглянути питання про доцільність унесення змін до примітки до ст. 45 КК України щодо доповнення переліку кримінальних правопорушень, які, за умови їх учинення шляхом зловживання службовим становищем, вважатимуться корупційними, статтями, які передбачають (передбачатимуть) відповіальність за контрабанду.

У зв'язку з цим також пропонуємо звернути увагу на необхідність уніфікації термінології, що використовується для опису способу вчинення кримінального правопорушення та слугує (може слугувати) критерієм віднесення певних правопорушень до корупційних.

Так, у примітці до ст. 45 КК України умовою віднесення правопорушень, передбачених ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 цього Кодексу, є їх учинення *«шляхом зловживання службовим становищем»*. Зазначений критерій буквально відтворений при описі відповідної ознаки у складах кримінальних правопорушень, передбачених зазначеними вище статтями.

Натомість у ст. 201 КК України для опису способу вчинення контрабанди, який обтяжує відповіальність, використано словосполучення *«з використанням службового становища»*, а в чинній ст. 201-1 та пропонованих у законопроекті ст.ст. 201-2, 201-3, 201-4 КК України – *«з використанням влади чи службового становища»*.

Такий підхід законодавця до опису однієї тієї самої ознаки створює передумови для суперечливого тлумачення та застосування відповідних

кrimіально-правових норм, за якого одне і те саме діяння в різних випадках може отримати різну правову оцінку.

2. Реалізація положень законопроекту може бути істотно ускладнена через особливості законодавчого регулювання виявлення та документування контрабанди.

У цьому аспекті слід зауважити, що прийняття законопроекту в запропонованій редакції унеможливить здійснення НАБУ оперативно-розшукової діяльності, спрямованої на пошук і фіксацію фактичних даних про контрабанду.

Так, по-перше, передбачений законопроектом новий абзац ч. 3 ст. 216 КПК України містить формулювання, тлумачення якого призводить до висновку про те, що детективи НАБУ не матимуть права починати кримінальне провадження за ст.ст. 201, 201-1, 201-2, 201-3, ч. 4 ст. 201-4 КК України (в редакції законопроекту), а лише можуть продовжити провадження, розпочате іншим органом досудового розслідування.

Натомість проведення оперативно-розшукової діяльності передує досудовому розслідуванню, про що свідчать положення ч. 2 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», згідно з якими у разі виявлення ознак кримінального правопорушення оперативний підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, зобов'язаний невідкладно направити зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена КК України, до відповідного органу досудового розслідування **для початку** та здійснення досудового розслідування в порядку, передбаченому КПК України.

По-друге, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності за наявності передбачених ст. 6 цього Закону підстав надається право проводити контрольовану поставку з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь.

Згідно з положеннями ч. 1 ст. 569 КПК України зміст контролльованої поставки полягає у тому, що слідчий органу досудового розслідування України у разі виявлення ним **контрабандної** поставки при проведенні процесуальних дій, у тому числі за запитом про міжнародну правову допомогу, має право не вилучати її з місця закладки або транспортування, а за домовленістю з компетентними органами держави, куди її адресовано, безперешкодно пропустити її через митний кордон України з метою виявлення, викриття та документування злочинної діяльності міжнародних злочинних організацій.

Водночас ч. 6 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» встановлено, що під час виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, пов'язаних із припиненням правопорушень у сфері податкового та митного законодавства¹, права, передбачені цією статтею, надаються **виключно оперативним підрозділам органів доходів і зборів** у межах їх компетенції.

¹ До таких правопорушень можна віднести контрабанду, відповідальність за яку передбачено чинними ст.ст. 201, 201-1 КК України та новими ст.ст. 201-2, 201-3, якими пропонується доповнити цей Кодекс.

Додатково вважаємо за доцільне звернути увагу на потенційно можливу проблему з підзаконним регулюванням проведення НАБУ контрольованої поставки, яке згідно з п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» здійснюється у **порядку, визначеному нормативно-правовими актами** Міністерства внутрішніх справ України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, Служби безпеки України, погодженими з Офісом Генерального прокурора та зареєстрованими у Міністерстві юстиції України.

3. З огляду на пропозицію про віднесення до підслідності НАБУ злочину, відповідальність за який передбачається встановити у ч. 4 ст. 201-4 КК України, на нашу думку, слід звернути увагу на основні вади, які містить запропонована редакція вказаної норми.

Так, ч. 4 ст. 201-4 КК України (в редакції законопроекту) передбачається встановити відповідальність за: а) діяння, передбачені ч.ч. 1, 2 або 3 цієї статті, вчинені за попередньою змовою зі службовою особою митного органу, або б) сприяння в будь-якій формі службовою особою митного органу вчиненню таких діянь з використанням влади чи службового становища.

Аналіз диспозиції ч. 4 ст. 201-4 КК України дає змогу вести мову про те, що вона містить опис двох окремих складів злочину, перший з яких виступає особливо кваліфікованим відносно основного складу злочину, передбаченого ч. 1, та кваліфікованих складів, передбачених ч.ч. 2 або 3 цієї статті.

Вважаємо, що запропонована конструкція є проблемною з точки зору її практичного застосування, що може мати негативний вплив на реалізацію антикорупційної політики в частині здійснення НАБУ повноважень із досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Так, під час кваліфікації відповідних діянь за вказаною ч. 4 ст. 201-4 КК України прогнозовано виникне питання про те, чи можна вважати службову особу митного органу виконавцем злочину за такою його формулою, як «діяння, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті, **вчинені за попередньою змовою зі службовою особою** митного органу».

Для правильної відповіді на це питання необхідно встановити, чи належить суб'єкт цього злочину до спеціальних, тобто таких, що характеризуються певними додатковими, порівняно із загальним суб'єктом (фізична особа, осудність, певний вік), ознаками.

Згідно з ч. 2 ст. 27 КК України виконавцем (співвиконавцем) кримінального правопорушення є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоене, вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом.

При цьому для того, щоб визнати службову особу митного органу виконавцем, необхідно, щоб вона виконала хоча б частину об'єктивної сторони відповідного складу злочину, тобто брала безпосередню участь у внесенні до митної декларації недостовірних відомостей або ненаданні при митному

оформленні за встановленою формою точних і достовірних відомостей про товари та/або транспортні засоби комерційного призначення.

З урахуванням особливостей викладення диспозиції ч. 4 ст. 204-1 КК України, на нашу думку, суб'єкт злочину в аналізованій формі є загальним, а для кваліфікації дій службової особи митного органу саме за цим складом необхідною умовою є наявність її співучасті з іншою службовою особою митного органу.

Зазначене вище, на нашу думку, істотно перевантажує нормативний матеріал з явими конструкціями та не сприятиме однозначному тлумаченню відповідних кримінально-правових приписів, що може привести до суперечливого їх застосування.

При цьому особливістю другого із передбачених ч. 4 ст. 201-4 КК України (в редакції законопроекту) складу злочину, який полягає у сприянні службовою особою митного органу в будь-якій формі внесенню до митної декларації недостовірних відомостей або ненаданню при митному оформленні за встановленою формою точних і достовірних відомостей, є те, що ним по суті охоплюється лише поведінка пособника.

На користь цієї тези свідчить аналіз положень ст. 27 КК України, відповідно до ч. 5 якої пособником є **особа, яка** порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод **сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками**, а також **особа, яка заздалегідь обіцяла** переховати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети **або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення**.

З урахуванням зазначеного відкритим лишається питання про кваліфікацію діянь службової особи митного органу, яка організувала вчинення цього кримінального правопорушення або керувала його підготовкою чи вчиненням (організатор), або ж схилила іншого співучасника до вчинення такого кримінального правопорушення (підбурювач).

До запропонованого в законопроекті обсягу криміналізації також наявні й інші питання, зокрема пов'язані з відсутністю такої кваліфікуючої ознаки як вчинення злочину організованою групою, а також обмеження кола осіб, у співучасті з якими або за сприяння яких він може бути вчинений, лише службовими особами митного органу.

Щодо останнього зауваження принаїдно звертаємо увагу на те, що сприяти внесенню до митної декларації недостовірних відомостей або ненаданню при митному оформленні за встановленою формою точних і достовірних відомостей про товари та/або транспортні засоби комерційного призначення потенційно можуть також службові особи інших органів.

Зазначені зауваження обумовлені недосконалістю конструкції диспозиції ч. 4 ст. 201-4 КК України (в редакції законопроекту), яка, з одного боку, допускає неоднозначне тлумачення та правозастосування відповідних нормативних приписів, а з іншого – за рахунок надмірної казуїстичності – не є універсальною,

тобто такою, що охоплює переважну кількість можливих варіантів, за яких одним із співучасників виступає службова особа.

4. Загалом уважаємо, що існуючий та запропонований у законопроекті спосіб криміналізації контрабанди характеризується надмірною деталізацією складів злочинів за предметами, який не притаманний КК України як законодавчому акту вищого ступеня систематизації. Натомість метою законодавця у цьому аспекті правотворення, на нашу думку, має бути поєднання конкретності, однозначності та зрозуміlosti заборон із максимально допустимою універсальністю правових приписів.

З огляду на вказане вважаємо, що обсяг кримінально-правової заборони контрабанди доцільно розподілити за двома статтями Особливої частини КК України з розташуванням їх у відповідних розділах I «Злочини проти основ національної безпеки України» та VII «Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності» відповідно до родового об'єкта кримінально-правової охорони, який визначатиметься з урахуванням предмета контрабанди.

Так, до першої із запропонованих норм можуть бути включені предмети, незаконне переміщення яких через митний кордон України становить загрозу основам національної безпеки (переважна більшість предметів злочинів, передбачених ст. 201 КК України (крім культурних цінностей), та предмети злочину, передбаченого ст. 305 КК України). Другою нормою доцільно передбачити кримінальну відповідальність за переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю решти предметів злочинів, щодо яких на сьогодні встановлено кримінально-правову заборону (у тому числі, культурні цінності), а також пропонується у законопроекті.

Реалізація вказаної пропозиції, серед іншого, дасть змогу послідовно та обґрунтовано розв'язати проблему розподілу підслідності контрабанди між органами безпеки, органами, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства (до початку функціонування Бюро економічної безпеки України), та НАБУ.

5. Додатково вважаємо за необхідне зазначити, що запропонований у законопроекті спосіб визначення підслідності НАБУ є не зовсім вдалим, як з точки зору логіки розташування відповідної норми у ч. 3 ст. 216 КПК України, яка визначає підслідність іншого органу досудового розслідування, так і з точки зору використаного формулювання.

На нашу думку, перевагу має спосіб, який полягає у внесенні змін до тієї частини ст. 216 КПК України, що визначає підслідність органу, до компетенції якого передбачається віднести досудове розслідування певних правопорушень.

**Керівник Департаменту
антикорупційної політики**

Дмитро КАЛМИКОВ