*До спеціалізованої вченої ради Д 26.236.02*

*в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького*

*НАН України*

***ВІДГУК***

***офіційного опонента на дисертацію***

***Клочко Альони Миколаївни***

***«Теоретико-прикладні засади протидії злочинам у сфері банківської***

***діяльності в Україні», подану на здобуття наукового ступеня***

***доктора юридичних наук зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне право***

***та кримінологія; кримінально-виконавче право***

**Актуальність теми дисертаційного дослідження.** В Україні відбувається реформування правоохоронних органів, покликаних протидіяти економічним деліктам, зокрема продовжується опрацювання законодавчої бази, необхідної для створення Бюро економічної безпеки (раніше Бюро фінансових розслідувань) як, треба так розуміти, немілітаризованого правонаступника Департаменту захисту економіки Національної поліції та податкової міліції. За всієї значущості організаційних і процесуальних чинників, включаючи питання підслідності, і розуміння тієї обставини, що ефективність законотворчості вимірюється передусім правозастосуванням, первинним (за логікою речей) має бути матеріальний кримінальний закон. Адже саме він, визначаючи, які акти поведінки в економічній сфері заборонено, та які кримінально-правові наслідки повинні наставати у випадку порушення відповідних заборон, буде спрямовувати професійну діяльність оновлених правоохоронних органів, слугуватиме інструментом у руках правозастосувачів.

На сьогодні неодноразово «реформований» розділ VII Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності» є еклектичним, розбалансованим набором недостатньо якісних заборон, який навряд чи здатен виконувати своє основне призначення – забезпечувати ефективну кримінально-правову охорону господарської та прирівняної до неї діяльності. Розроблення доктринальної моделі відповідного розділу КК України – справа непроста, адже: 1) визначення завдань і меж дії кримінального закону в економічній сфері є похідним від соціально-економічної політики держави, а її напрями і параметри зазнають в Україні перманентних змін «від виборів і до виборів»; 2) треба шукати компроміс між публічними інтересами та інтересами суб’єктів господарювання, налагоджувати предметний діалог із кваліфікованими правозастосувачами і представниками бізнесу; 3) вказана модель передбачає не лише конструювання кримінально-правових заборон, які б передбачали відповідальність за суспільно небезпечні і більш-менш типові (розповсюджені) делікти (навіщо відтворювати у новому законодавстві ті статті чинного КК України, навпроти яких у збірках судової статистики стоять суцільні нулі?), і пошук соціально обґрунтованих криміноутворювальних ознак, а й оптимальне визначення зв’язків між цими заборонами та їхнє співвідношення з адміністративно-, фінансово- та господарсько-правовими заборонами; 4) критичного осмислення і залучення в орбіту законотворчої діяльності потребують як напрацювання кримінально-правової доктрини, так і здобутки кримінології та економічної науки; 5) не обійтись без доречного звернення до зарубіжного досвіду кримінально-правової протидії економічним посяганням.

Зазначене вище повною мірою стосується і деліктів у банківській сфері. Складно не погодитись із тим, що забезпечення фінансової стабільності держави та її банківського сектору має надзвичайно важливе суспільне значення. Нестабільність фінансової системи веде до [зменшення надходжень до державного бюджету,](https://lb.ua/economics/2020/04/02/454302_igor_umanskiy_ot_skrutok_nds.html) виникнення значних непередбачуваних витрат на порятунок фінансової системи, що обмежує державу в її можливостях забезпечувати належним чином конституційні права і свободи. Від платоспроможної роботи банків, страхових організацій, кредитних спілок та інших надавачів фінансових послуг залежить нормальне функціонування економічних відносин, позаяк виведення з ринку відповідних суб’єктів руйнує його загальну стабільність, призводить до втрат суб’єктів господарювання і вкладників. Запровадження банківського регулювання, яке б забезпечувало належний баланс між правами й інтересами власників банку, його кредиторів, клієнтів і вкладників, гарантувало б стабільність банківського сектору і належний захист прав та інтересів вкладників і клієнтів банку, є конституційним обов’язком держави. Вона повинна не тільки запровадити законодавство, що найбільш повною мірою забезпечує дотримання конституційних прав і свобод, а й вживати необхідних заходів для того, щоб воно реально діяло, а не залишалось на папері[[1]](#footnote-1).

У 2014–2015 рр. вітчизняна економіка, як відомо, зіштовхнулась із небаченими до цього викликами. Анексія Криму, війна на Донбасі, перманентно нестабільна політична ситуація всередині країни, аномальні коливання курсу національної валюти, «галопуюча» інфляція, зниження внутрішнього споживчого попиту, несприятлива зовнішньоекономічна кон’юнктура – кожен із цих чинників негативно вплинув на стан фінансово-економічної ситуації в Україні. Одним із найбільш вразливих до цих процесів виявився банківський сектор, кризові явища в якому посилились через відсутність належного регулювання та ефективного нагляду з боку НБУ і структурні дисбаланси, накопичені протягом останнього десятиліття. Іншим чинником кризи вітчизняної банківської системи, за свідченням фахівців, стала побудована в Україні олігархічна модель, в якій значна частина банків використовувалась різними олігархічними групами як інструмент фінансування діяльності відповідних бізнес-груп за рахунок депозитів фізичних осіб без належного нагляду за діяльністю банків з боку держави.

Ефективність заходів впливу держави на процеси підтримання ліквідності банків, неспроможності банків і подолання кризових явищ у банківській сфері багато у чому залежить не лише від кваліфікації управлінців, а й від досконалості правових засобів державної підтримки банківського сектору у найскладніших умовах його функціонування. Ліквідація близько сотні банків протягом 2014–2017 рр. в Україні наочно продемонструвала ту обставину, що заходи впливу на банківську систему (рефінансування, обов’язкове страхування депозитів, встановлення нормативів тощо) нічого не варті без забезпечення правовими засобами доброчесності у банківській практиці.

У цьому контексті не може не поставати питання про роль і місце кримінального закону у мінімізації негативних проявів і зловживань у банківській сфері.

Так, доповнення КК України статтею 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності» поставило перед наукою низку питань, починаючи із доцільності самого факту виокремлення подібної кримінально-правової заборони, визначення її місця в системі вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність і завершуючи конструюванням відповідної статті КК та її ефективністю. Аналіз згаданої заборони дозволив наочно продемонструвати ту обставину, наскільки неякісно останнім часом оновлюється КК України: у ситуації з включенням до нього ст. 218-1 слід констатувати відсутність всіх підвалин успішної законотворчості у вигляді наукового знання, правової культури і законодавчої техніки. Як виявилось, ця кримінально-правова заборона поповнила когорту «мертвих» норм, що не в останню чергу пояснюється недосконалістю її чинної редакції і гарно ілюструється даними офіційної статистики[[2]](#footnote-2).

Актуальності обраній темі додає і суперечливість судової практики в частині скасування рішень НБУ та Фонду гарантування вкладів фізичних осіб про визнання банків неплатоспроможними, запровадження тимчасових адміністрацій, відкликання банківських ліцензій та ліквідації банків. Вказана проблема перейшла в практичну площину, коли стосовно таких «банків» господарські суди почали порушувати провадження у справах про банкрутство за Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», тобто за загальною процедурою для юридичних осіб, а не за спеціальною банківською процедурою згідно із законами України «Про банки і банківську діяльність» і «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Зі сказаного випливає необхідність наукового осмислення існуючого стану кримінально-правової боротьби з випадками доведення банків до неплатоспроможності, шляхів гармонізації кримінального і регулятивного законодавства та, як логічний підсумок такого доктринального дослідження, розроблення аргументованих й адресованих як законодавцю, так і правозастосувачу рекомендацій щодо зміни ситуації на краще. Зазначене стосується й інших кримінально-правових заборон, присвячених посяганням на сферу банківської діяльності.

**Достовірність та обґрунтованість переважної більшості наукових положень, висновків і рекомендацій,** сформульованих у дисертації А.М. Клочко,забезпечуються широтою і різноманітністю опрацьованої джерельної бази, веденням коректної полеміки, використанням низки різноманітних методів пізнання (с. 9–10), вдало підібраних з урахуванням предмета дисертаційного дослідження (с. 9), продуманою логікою викладення матеріалу, яка дозволила авторці виконати поставлені перед собою завдання (с. 8–9).

Зокрема, слід схвально оцінити включення до структури роботи розділу 3 «Кримінологічна характеристика злочинності у сфері банківської діяльності», оскільки це забезпечило всебічність розкриття теми наукового дослідження і посилило аргументацію пропозицій de lege ferenda, сформульованих А.М. Клочко. Досить часто фахівці зі спеціальності 12.00.08 за відповідними законодавчими формулюваннями не бачать реальної картини конкретного різновиду злочинності, для протидії якому призначені певні кримінально-правові заборони. У цьому сенсі дисертація пані Альони містить оптимальне співвідношення міркувань юриста-догматика, яка розібралась у тонкощах кримінально-правової оцінки протиправних посягань на банківську сферу, і результатів якісного кримінологічного дослідження.

При написанні роботи здобувачка опрацювала великий (всього 602 джерела) масив різноманітної (передусім юридичної та економічної) літератури. У своїх міркуваннях дисертантка постійно спирається на надбання кримінально-правової доктрини, матеріали законопроектів і супровідні матеріали до них, статистичні дані (при цьому слушно відзначаючи, що останні далеко не завжди адекватно відображають наявний стан злочинності у банківській сфері та ефективність протидії цьому феномену за допомогою кримінально-правових засобів), рішення Конституційного Суду України, постанови Пленуму Верховного Суду України з різних категорій справ, досвід зарубіжного законодавця, міжнародно-правові документи, які регулюють відповідні правовідносини та учасником яких є Україна.

Авторка цілком доречно (у зв’язку з чітко вираженою бланкетністю досліджуваних кримінально-правових заборон) занурилась у матерію регулятивного (фінансового, господарського, цивільного) законодавства, що дозволило їй не лише загалом переконливо обґрунтувати ініційовані нею новели щодо вдосконалення КК України, а й висунути хоч і такі, що певною мірою виходять за межі наукової спеціальності 12.00.08, проте слушні і виважені пропозиції із поліпшення банківського законодавства і практики його застосування. Як наслідок, дисертація виправдано носить міждисциплінарний характер, у зв’язку з чим може бути корисною і цікавою фахівцям не лише з кримінального права, а й з банківської справи.

З урахуванням особливостей обраної теми здобувачка вдало посилається і на такі специфічні джерела, як звіти Фонду гарантування вкладів фізичних осіб і звіти Державної служби фінансового моніторингу України, а також на судові рішення, постановлені не у кримінальних провадженнях і пов’язані із захистом прав та інтересів споживачів банківських послуг.

Судячи з Додатку З (с. 511–514), авторкою проводилось й оригінальне анкетування з проблематики протидії злочинності у сфері банківської діяльності в Україні; щоправда, його результати не знайшли відображення в основному тексті дисертації.

**Практичне значення одержаних результатів** у науково-дослідній, законотворчій, правозастосовній діяльності та навчальному процесі достатньою мірою висвітлене в дисертації (с. 16–17), частково підтверджується актами впроваджень (с. 536–542) і сумнівів не викликає.

Головним чином практичне значення здобутих результатів полягає у можливості їхнього використання для вдосконалення КК України. Дисертанткою напрацьовано комплекс цікавих законодавчих пропозицій, які є логічним завершенням проведеного дослідження та спрямовані на поліпшення кримінально-правових норм про відповідальність за посягання на сферу банківської діяльності (Додаток И «Розділ VII-1 Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності» (с. 515–524)). Незважаючи на те, що не всі пропозиції А.М. Клочко сприймаються однозначно (про це йтиметься нижче), вони заслуговують на те, щоб стати об’єктом прискіпливого доктринального аналізу (зокрема, з боку членів робочої групи з підготовки проекту нового КК України) і часткового врахування у законотворчій діяльності.

**Наукова новизна** рецензованого дисертаційного дослідження вбачається у розробленні оригінальної доктринальної концепції кримінально-правової та кримінологічної протидії злочинам у сфері банківської діяльності. У межах цієї концепції реалізовано відсутній у працях попередників наскрізний підхід до зазначених злочинів, який передбачив як виокремлення серед останніх посягань на власність, встановлений порядок господарювання, службової діяльності і використання електронних технологій, так і необхідність оптимізації кримінально-правової охорони прав та інтересів не лише банківських установ, а й споживачів банківських послуг.

А.М. Клочко справедливо наголошує на необхідності дотримання системного підходу, а саме визнання кримінально-правової охорони сфери банківської діяльності складовою єдиного правового механізму регулювання та охорони порядку суспільних відносин, що формуються у зазначеній сфері.

Серед інших заслуговують на увагу висунуті на захист положення про:

банківську діяльність як відносно самостійний об’єкт кримінально-правової охорони;

поняття і коло злочинів у сфері банківської діяльності;

напрями трансформації відповідальності за вчинення кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності, визначені з урахуванням:

а) шляхів реформування банківської системи України;

б) адаптації нормативно-правових актів у сфері банківського регулювання до вимог європейських стандартів у відповідній сфері;

в) зарубіжного досвіду кримінально-правової охорони сфери банківської діяльності;

комплекс: а) детермінантів вчинення злочинів у сфері банківської діяльності в Україні; б) заходів щодо запобігання вчиненню таких злочинів;

типологію осіб, які вчиняють злочини у сфері банківської діяльності.

У роботі наводиться й чимало інших цікавих, нових та оригінальних положень, ідей, висновків.

Водночас ознайомлення з дисертаційним дослідженням А.М. Клочко дозволяє висловити ***окремі побажання і критичні судження*.**

1. Під кримінальними правопорушеннями у сфері банківської діяльності у дисертації запропоновано розуміти «систему умисних злочинів, метою яких є заволодіння грошовими коштами банківських установ або споживачів банківських послуг у процесі здійснення банківських операцій чи з їх використанням, які вчиняються керівниками або іншими службовими особами банку, пов’язаними з банком особами, особами, відповідальними за проведення банківських операцій, іншими працівниками банківських установ, а також особами, які не мають відношення до сфери банківської діяльності» (с. 13, 100, 195 та ін.). Наведене визначення та пов’язані з ним висловлювання пані Альони спонукають вступити в дискусію.

По-перше, із закріпленого в ст. 12 чинного КК України поділу кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки випливає, що різниця між двома вказаними видами кримінальних правопорушень вже не може не братись до уваги (зокрема, і при формулюванні кримінально-правових понять). З огляду на те, що двочленна класифікація кримінальних правопорушень врешті-решт стала в Україні правовою реальністю, критично оцінюю ту обставину, що при визначенні оптимального, на її переконання, кола кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності здобувачка не обґрунтувала положення про те, які з цих правопорушень мають визнаватись кримінальними проступками, а які – злочинами.

По-друге, однією з істотних ознак кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності А.М. Клочко вважає обумовленість специфікою банківської діяльності (с. 113, 342). Постає питання, чи узгоджується з цією думкою теза про належність до числа суб’єктів відповідних посягань осіб, «які не мають відношення до сфери банківської діяльності». До слова фактично відкритий перелік цих суб’єктів, наведений в аналізованому визначенні, суперечить такій вимозі дефінування понять, як раціональна (оптимальна) стислість.

По-третє, навряд чи виправдано обмежувати коло кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності лише умисними деліктами, бо у зазначеній сфері цілком можуть мати місце і випадки службової недбалості службових осіб банківських установ. Так, у судовій практиці траплялись випадки засудження службових осіб банків, необережна поведінка призвела до неплатоспроможності банків, за ст. 367 КК України.

По-четверте, мета «заволодіння грошовими коштами банківських установ або споживачів банківських послуг» як ще одна виокремлена дисертанткою обов’язкова (істотна) ознака злочинів у сфері банківської діяльності явно не притаманна усім тим деліктам, які в рецензованій праці запропоновано відносити до згаданих злочинів (с. 86, 114, 195–196, 393–394, 400 та ін.). Наприклад, яким чином, незаконне збирання відомостей, що містять комерційну таємницю, або розголошення комерційної таємниці пов’язані із заволодінням вказаними грошовими коштами?

Незважаючи на умовність класифікацій злочинів у сфері господарської діяльності, складно погодитись із віднесенням до злочинів у сфері банківської діяльності деліктів, передбачених статтями 219, 222, 231 та 232 КК України (лише частково погоджуюсь із віднесенням до згаданої групи злочинів посягань, передбачених статтями 200 і 209 КК України). Видається, що беззастережно включивши ці діяння до розглядуваної групи деліктів, пані Альона не враховувала запропоноване нею ж визначення поняття кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності. Наприклад, складно зрозуміти, на якій підставі такі діяння, як доведення до банкрутства, скажімо, хімічного підприємства (ст. 219 КК України), або надання завідомо неправдивої інформації органу місцевого самоврядування з метою одержання субсидії (ст. 222 КК України) можуть бути визнані злочинами у сфері банківської діяльності.

Недотримання логіко-методологічної процедури визначення понять, виробленої філософією, логікою та методологією науки, призвело до того, що запропоноване у дисертації визначення поняття кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності не відповідає чи не головному своєму призначенню – чітко не окреслює ті відмітні, істотні ознаки, які дозволяють виокремити такі делікти серед інших груп кримінально-протиправних посягань. Між тим, необхідність виокремлення саме таких істотних ознак неодноразово декларувалась авторкою (с. 34–35, 97). Таким чином, наукове визначення поняття кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності потребує доопрацювання: воно має по-можливості чітко фіксувати певний об’єкт кримінально-правової охорони і, вочевидь, базуватись на класифікації об’єктів кримінального правопорушення «за горизонталлю».

2. Однією з ключових ідей дисертаційного дослідження А.М. Клочко є пропозиція виокремити в Особливій частині КК України самостійний розділ «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності» (с. 186, 394, 400 та ін.). Вище я спробував показати, що запропонована здобувачкою змістовна наповнюваність групи кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності не є безспірною або принаймні такою, що змушує робити серйозні застереження. І вже ця прагматична обставина дозволяє поставити під сумнів перспективність і практичну реалізованість згаданої ідеї здобувачки.

На думку дисертантки, створення самостійного інституту кримінально-правової охорони сфери банківської діяльності в Україні у формі розділу Особливої частини КК дозволить більш точно відобразити особливості видового об’єкта суспільно небезпечних діянь цієї групи, сприяти з’ясуванню їх специфіки та ступеня суспільної небезпеки, правильній кваліфікації та індивідуалізації покарання (с. 270). Я натомість зовсім не впевнений у тому, що виділення в окремий розділ КК України норм про кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності (як і будь-яких інших кримінальних правопорушень) допоможе змінити на краще ситуацію із застосуванням відповідних заборон.

Крім іншого, сприйняття пропозиції А.М. Клочко, яка фактично зводиться до необхідності виділення окремої групи кримінальних правопорушень за їхнім видовим об’єктом, свідчитиме про необхідність зміни структури всієї системи Особливої частини КК України, яка нині побудована за критерієм саме родового, а не видового об’єкта злочину.

Отже, ідея виділення кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності, представляючи, поза всяким сумнівом, значний науковий інтерес, навряд чи бути рекомендована як пропозиція de lege ferenda. Тому невипадково, що, спираючись на зазначені вище і деякі інші аргументи, мій учень Є.М. Васілін наполягав на недоцільності законодавчого виокремлення групи злочинів у сфері банківської діяльності і водночас висловився за уточнення назви розділу VІІ Особливої частини КК України (викладення її у такій редакції: «Злочини проти господарської та фінансової діяльності»)[[3]](#footnote-3).

Теза про принципову відмінність суспільних відносин у сфері банківської діяльності від господарських відносин, яка обстоюється дисертанткою та яку, серед іншого, покладено в основу ідеї виокремлення в Особливій частині КК України розділу, присвяченого кримінальним правопорушенням у сфері банківської діяльності, спростовується виробленою сучасною господарсько-правовою доктриною концепцією виокремлення права неспроможності банків у самостійну підгалузь господарського права, рівну до підгалузевого рівня права звичайного банкрутства[[4]](#footnote-4).

3. Чи не основною в системі кримінально-правових засобів забезпечення належного функціонування банківської сфери є, на моє переконання, кримінально-правова заборона, присвячена доведенню банку до неплатоспроможності. На жаль, дисертантка у своєму модельному розділі «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності», який мав би стати квінтесенцією проведеного дослідження, відтворює чинну редакції цієї заборони з усіма її вадами – при тому, що в основному тексті дисертації висловлюється низка слушних міркувань щодо напрямів удосконалення статті КК України «Доведення банку до неплатоспроможності».

Так, справедливо наголошуючи на необхідності максимального законодавчого уточнення суб’єктного складу злочинів у сфері банківської діяльності в Україні, включаючи доведення банку до неплатоспроможності, і виступаючи проти «легалізованого свавілля» НБУ при визначенні кола «пов’язаних з банком осіб» (с. 171, 200), здобувачка у примітці проектованої нею статті КК України «Доведення банку до неплатоспроможності» висловлюється за збереження існуючого стану речей: «Термін «пов’язана з банком особа» вживається у значенні, визначеному Законом України «Про банки і банківську діяльність» (с. 516). Тим самим консервується наявна аномальна для кримінального права ситуація, коли НБУ завдяки своєму праву визначати на власний розсудколо осіб, пов’язаних з банком, фактично наділяється законодавцем наданими лише йому повноваженнями (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України) змінювати обсяг криміналізації поведінки особи. І це вже на кажучи про пов’язану з дотриманням вимог законодавчої техніки пропозицію (Є.М. Васілін, О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан) видалити передбачену в ч. 2 примітки ст. 218-1 КК України відсилку до конкретного нормативно-правового акту (Закону «Про банки і банківську діяльність») з огляду на те, що така форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу може бути виправданою лише за умови стабільності, нехарактерної для вітчизняного (у цьому разі передусім банківського) законодавства.

Неодноразово погоджуючись із висловленими в юридичній літературі думками про доцільність конструювання складу злочину, передбаченого ст. 218-1 КК України, як формального і нормативного врахування тієї обставини, що шкода кредиторам, заподіяна в результаті доведення банку до неплатоспроможності, може бути сумарною (с. 145, 152, 153, 340 та ін.), дисертантка при формулюванні авторської редакції відповідної кримінально-правової заборони не бере до уваги ці теоретичні здобутки.

Підтримана А.М. Клочко доктринальна пропозиція щодо встановлення кримінальної відповідальності за необережне доведення до банкрутства (с. 164, 340) трансформувалась у доволі спірну ідею доповнення КК України статтею «Службова недбалість у сфері банківської діяльності» (с. 521), яка (за винятком вказівки на спеціального суб’єкта **–** службову особу банку) механічно відтворює текст загальної кримінально-правової норми **(**ст. 367 КК України «Службова недбалість»). При цьому проігноровано те, що проблему криміналізації необережного доведення банку до неплатоспроможності як окремого господарського злочину в юридичній літературі вже всебічно розглянуто з отриманням аргументованих відповідей на низку взаємопов’язаних питань, а саме: чи потрібна окрема кримінально-правова норма про необережне доведення банку до неплатоспроможності; якою має бути назва відповідної статті; який спосіб повинен бути використаний при конструюванні відповідної кримінально-правової заборони – абстрактний чи казуальний; відповідний склад злочину має бути сконструйований як формальний або матеріальний; які суб’єкти мають нести відповідальність за відповідні діяння[[5]](#footnote-5).

До слова згадана непослідовність характерна і для деяких інших пропозицій de lege ferenda, наведених у дисертації.

Наприклад, критикуючи законодавця за невизначеність звороту «інша службова особа банку», вжитого в тексті ст. 220-1 КК України «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності» (с. 31, 193), А.М. Клочко у змодельованій нею відповідній забороні відтворює це недосконале, на її думку, формулювання. Останнє, до речі, фігурує і в пропонованих до включення до КК України нормах про відповідальність за зловживання повноваженнями у сфері банківської діяльності і службову недбалість у сфері банківської діяльності (статтях 233-8 і 233-9, відповідно) (с. 520, 521).

Поділяючи точку зору, згідно з якою умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (ст. 209-1 КК України) має описуватись у вдосконаленому кримінальному законі як формальний склад злочину з уникненням при цьому оціночної ознаки «істотна шкода охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб» (с. 184), здобувачка не втілює цю конструктивну ідею в авторській редакції зазначеної кримінально-правової заборони (с. 523–524).

Заявивши, що побудова санкцій кримінально-правових норм про відповідальність за злочини у сфері банківської діяльності у дисертації не досліджуватиметься і будуть запропоновані лише доктринальні варіанти диспозицій відповідних норм (с. 340), здобувачка у розробленому нею модельному розділі «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності» (с. 515–524) все ж формулює і власні редакції санкцій. Оптимальність останніх, звичайно, не може не викликати запитань, бо справді питання пеналізації банківських злочинів у рецензованій праці не досліджувались.

Повертаючись до проблеми вдосконалення закону про кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, відзначу, що пані Аліна не помічає і, відповідно, не спростовує висловлений в юридичній літературі (Є.М. Васілін) і відмінний від обстоюваного нею підхід, згідно з яким оптимальною моделлю законодавчого забезпечення кримінально-правової протидії випадкам доведення банків до неплатоспроможності є встановлення відповідальності за це діяння в рамках загальної норми про доведення до банкрутства (ст. 219 КК України) з наступним виділенням у рамках останньої кваліфікуючої ознаки, яка б враховувала специфіку доведення до неплатоспроможності банків та інших, «прирівняних» до них суб’єктів господарювання (містоутворювальних, особливо небезпечних суб’єктів підприємницької діяльності, страховиків тощо). Сподіваюсь, що під час захисту А.М. Клочко дасть фахову оцінку наведеному доктринальному підходу.

4. Дискусійними видаються висловлювання дисертантки щодо необхідності доповнення КК України окремою статтею «Шахрайство у сфері кредитування», в якій йтиметься про «викрадення грошових коштів позичальником у спосіб подання банку або іншому кредитору завідомо неправдивих і (або) недостовірних відомостей» (с. 363, 519).

Так, мені складно погодитись із здобувачкою у тому, що: розміщення ст. 190 «Шахрайство» у розділі Особливої частини КК України «Злочини проти власності», а ст. 222 «Шахрайство з фінансовими ресурсами» – у розділі «Злочини у сфері господарської діяльності» унеможливлює кримінальну відповідальність за «відносно поширені діяння, пов’язані зі спробами незаконно отримати кредит» (с. 70); за своїми об’єктивними та суб’єктивними ознаками шахрайство у сфері кредитування істотно відрізняється від складів злочинів «шахрайство» і «шахрайство з фінансовими ресурсами» (с. 344). Якихось переконливих аргументів на користь цих, на мій погляд, вельми спірних тверджень пані Альона у своїй роботі не наводить.

На с. 360 можна прочитати таке: «З об’єктивної сторони діяння незаконного одержання кредиту є подібним до шахрайства, проте при шахрайстві обман стосується різних обставин (щодо особи винного або предмета шахрайства), а при шахрайстві у сфері кредитування обман відбувається способом надання банку завідомо неправдивих (або не повних) відомостей щодо потенційного позичальника». Хочеться запитати у здобувачки: яким чином ця різниця може перешкодити інкримінуванню ст. 190 КК України, якщо у скоєному встановлені всі ознаки передбаченого нею складу (наразі кримінального правопорушення)? Адже ст. 190 КК України є, так би мовити, універсальною нормою, охоплюючи випадки побутового, професійного та економічного шахрайства. Цікаво, що далі жодних таких перешкод не вбачає і сама здобувачка, бо пише, що положеннями цієї статті КК України охоплюються не лише випадки привласнення кредитних ресурсів банківських установ, а й будь-які інші випадки привласнення коштів, отриманих обманним шляхом (с. 362).

Вважаю також за недоречне услід за дисертанткою вести мову про «криміналізацію шахрайства у сфері кредитування як злочину, вчинюваного у сфері банківської діяльності» (с. 155), оскільки поява нових кримінально-правових заборон не завжди означає криміналізацію у сенсі збільшення (розширення) обсягу поведінки, яка визнається кримінально-протиправною. Вочевидь, у цьому разі авторка мала б наголошувати на доцільності диференціації кримінальної відповідальності за «кредитне» шахрайство як різновид шахрайства, наводячи вагомі аргументи на користь підходу, реалізованого законодавцем деяких зарубіжних країн, коли той, рухаючись шляхом конструювання казуїстичних кримінально-правових заборон, виокремлює різновиди шахрайства у певних сферах. До слова таке ж безпідставне використання терміну «криміналізація» спостерігається і тоді, коли авторка веде мову про доцільність доповнення КК України статтею «Службова недбалість у сфері банківської діяльності» (с. 15, 382, 387 та ін.).

У тому, що «неправомірні дії в сфері банківської діяльності щодо кредитування» кваліфікуються у різний спосіб, здобувачка вбачає «очевидну суперечність, оскільки такі кваліфікації складають конкуренцію кримінально-правових норм, передбачених ст. 190 та 222 КК, якщо мова йде про злочин, вчинений відносно кредитних ресурсів банків» (с. 361). Натомість я таку конкуренцію кримінально-правових норм вважаю виправданою: і в юридичній літературі, і в судовій практиці усталеним є заснований на чинному кримінальному законі підхід, згідно з яким при відмежуванні шахрайства як кримінального правопорушення проти власності від шахрайства з фінансовими ресурсами як кримінального правопорушення у сфері господарської діяльності слід насамперед враховувати спрямованість умислу винної особи та момент його виникнення. До речі, авторські формулювання ст. 233-5 «Шахрайство з фінансовими ресурсами» і ст. 233-7 «Шахрайство у сфері кредитування» (с. 517–519) згадану конкуренцію кримінально-правових норм не усувають, виходячи (треба так розуміти) з того, що її варто зберегти і надалі.

Щодо традиційного відтворення здобувачкою у тексті кримінально-правової заборони, присвяченої шахрайству з фінансовими ресурсами, словосполучення «у разі відсутності ознак злочину проти власності», то хотів би зауважити, що свого часу автором цих рядків вказане словосполучення пропонувалось замінити іншим зворотом – «без мети обернення їх на свою користь чи користь третіх осіб». Я виходив з того, що використання такого звороту чіткіше вказуватиме на те, що на момент вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами у винного був відсутній умисел безоплатно і назавжди отримати субсидію, субвенцію, дотацію або кредит, які він одержує шляхом введення в оману відповідних адресатів, а отже, буде однозначно закріплено, за якою ознакою цей господарський злочин слід відмежовувати від суміжних складів злочинів[[6]](#footnote-6).

Бажано, щоб під час захисту А.М. Клочко висловила своє ставлення до зазначеної доктринальної пропозиції, як і до пропозиції (О.О. Дудоров, В.Р. Мойсик та ін.) виключити зі статті КК України про відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами згадування про пільгу щодо податків. Річ у тім, що втілена у чинних редакціях ст. 212 і ст. 222 КК України диференціація кримінальної відповідальності за пов’язані з використанням податкових пільг зловживання платників податків (їхніх службових осіб) є невиправданою. Ця невиправданість, на яку пані Альона не зважає та яка зумовлена, серед іншого, економічно некоректним визнанням пільги щодо податків різновидом фінансових ресурсів, полягає у закріпленій у зазначених статтях КК України неузгодженості параметрів суспільно небезпечних наслідків у вигляді несплачених податків, різниці у санкціях та у відсутності уніфікованої термінології для позначення предмета фактично однакових за суспільною небезпекою та юридичною природою кримінально-протиправних порушень податкового законодавства.

5.Серед інших на захист висувається положення про помилковість декриміналізації суспільно небезпечного діяння, передбаченого ст. 202 КК України «Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг», на тій підставі, що така декриміналізація «відбулася без запровадження альтернативних заходів протидії відповідним правопорушенням, що створило прогалину у законодавстві України у частині захисту банківської діяльності в Україні» (с. 13). Із посиланням на автореферат кандидатської дисертації Є.Ф. Бобонича (джерело під номером 27) вказується на існування в «кримінальному законодавстві окремих держав Західної Європи, США, країн Балтії та СНД» відповідальності за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг. Стверджується також, що в умовах кризи в банківській сфері згадана кримінально-правова заборона могла б відіграти суспільно-корисну роль (с. 49–50). З приводу наведених міркувань дисертантки хотів би зауважити таке.

Якщо декриміналізація діяння, забороненого виключеною у 2011 р. ст. 202 КК України, була помилковою, і наразі має місце прогалина в кримінально-правовому регулюванні певних суспільних відносин, то чому в розробленому А.М. Клочко модельному розділі VII-1 Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності» відсутній аналог такої заборони (щонайменше в тій частині, яка стосується сфери банківської діяльності) на кшталт ст. 174 КК КНР, яка карає, зокрема, за самовільне створення банку чи іншої фінансової структури (с. 78)? Отже, критика здобувачки на адресу вітчизняного законодавця (на мій погляд, у цьому разі частково виправдана) не виглядає конструктивною.

За наявності ст. 166-8 КУпАП «Порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг», яка передбачає відповідальність у тому числі за здійснення банківської діяльності, банківських операцій або іншої діяльності з надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи чи без належного спеціального дозволу (ліцензії), точніше вести мову не про відсутність альтернативних заходів протидії відповідним правопорушенням, як це робить дисертантка, а про недостатність (неефективність тощо) таких альтернативних заходів.

Висловлю сумнів і в коректності розміщення аналізованого теоретичного положення в рубриці наукової новизни «вперше». Річ у тім, що в юридичній літературі ще в 2012 р. констатувалась нелогічність вилучення з КК України норм про відповідальність за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг (ст. 202) і зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 203), які є загальними щодо інших норм, залишених у структурі розділу VII Особливої частини КК України (статті 203-1, 203-2, 204, 213). Зокрема, зазначалось, що суспільна небезпека незаконних операцій з металобрухтом на порядок є нижчю від суспільної небезпеки, наприклад, діяльності з надання фінансових послуг чи професійної діяльності на ринку цінних паперів без отримання спеціального дозволу чи набуття статусу фінансової установи[[7]](#footnote-7).

У 2017 р. автор цих рядків разом із Р.О. Мовчаном і В.Б. Дацюком у контексті наявної та перспективної кримінально-правової оцінки зловживань, пов’язаних із створенням фінансових пірамід, писав про неправильність декриміналізації діянь, раніше передбачених статтями 202, 218, 220, 221, 223 КК України, шляхом механічного переведення описаних у них діянь у статус адміністративних проступків. Відзначалось, зокрема, те, що сама по собі відсутність практики застосування певної кримінально-правової норми не є підставою для декриміналізації описаного в ній діяння, адже в такому випадку законодавець нехтує ознакою латентності, характерною для значної частини злочинів у сфері господарської діяльності. Ми висловились за рекриміналізацію порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг, зазначаючи при цьому, що законодавцю варто надати перевагу використанню узагальненого формулювання, узгодженого з понятійним апаратом регулятивного законодавства, наприклад, такого: надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи та/або спеціального дозволу, одержання якого передбачено законодавством[[8]](#footnote-8).

Вимушений привернути увагу і до того, що аргументація здобувачки на користь обстоюваної нею тези про помилковість декриміналізації порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг носить фрагментарний та однобічний характер. Питання про роль відповідної кримінально-правової заборони в системі засобів із детінізації національної економіки насправді є набагато складнішим, ніж це випливає з міркувань пані Альони. Так, не є секретом, що для значної частини працездатного населення України тіньова економіка є сферою докладання зусиль і, відповідно, джерелом матеріального благополуччя. У кримінологічній літературі з цього приводу можна навіть прочитати про появу в нашому суспільстві верстви «вимушених підприємців» і про те, що незареєстрований сектор ринку, охоплюючи виробництво, торгівлю і сферу послуг, виконує функцію соціального амортизатора. Тому і не дивно, що необхідність існування кримінальної відповідальності за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг або принаймні за окремі різновиди цього господарського злочину (за наявності в КК України ст. 202) не була очевидною для частини вітчизняних дослідників, переконаних у тому, що на правопорушення, які супроводжуються не заподіянням шкоди правохоронюваним інтересам, а отриманням доходу, варто було реагувати за допомогою не кримінально-правових, а адміністративно-правових, господарсько-правових та (чи) фінансово-правових засобів. Наприклад, особисто для мене була сумнівною позиція нашого законодавця, який у ст. 202 КК України надавав однакового кваліфікуючого значення факту відсутності державної реєстрації суб’єкта підприємництва, факту відсутності ліцензії на певний вид господарської діяльності і факту порушення ліцензійних умов (стосуються кваліфікаційних вимог до працівників суб’єктів господарювання, їхньої матеріально-технічної бази тощо).

І нарешті про відповідний зарубіжний досвід. Цікаво, що Є.Ф. Бобонич, на кваліфікаційну працю якого посилається А.М. Клочко, насправді встановив, що в кримінальному законодавстві багатьох держав (причому як представниць романо-германської правової системи, так й інших) аналоги ст. 202 КК України відсутні[[9]](#footnote-9). У відгуку офіційного опонента на вказану дисертацію я свого часу зауважив, що її автор цей красномовний факт жодним чином не пояснив. Однак це варто було зробити в аспекті висвітлення проблеми соціальної обумовленості досліджуваної кримінально-правової заборони і визначення її перспектив у системі засобів захисту належного функціонування ринкової економіки.

6. Вкажу і на деякі інші прогалини, пов’язані з опрацюванням джерельної бази, що стосується обраної теми.

Так, поза увагою А.М. Клочко залишились щонайменше дві роботи монографічного рівня, безпосередньо присвячені кримінально-правовим аспектам банківської злочинності. Маю на увазі кандидатські дисертації Н.В. Шаргородської та Ю.В. Ключик[[10]](#footnote-10). До речі, у першій із згаданих кваліфікаційних робіт містяться співзвучні викладеним у дисертації А.М. Клочко положення, фахова оцінка яких була б у цьому разі вельми доречною, а саме: визначено банківську систему як окремий видовий об’єкт кримінально-правової охорони; обґрунтовано необхідність виділення серед злочинів у сфері господарської діяльності окремої класифікаційної групи – злочинів у банківській системі; сформульовано поняття таких злочинів та їхні ознаки.

При визначенні перспектив кримінально-правових норм про відповідальність за порушення порядку поводження з банківською таємницею бажано було звернутись до «наскрізної» дисертації Т.Ю. Вислоцької[[11]](#footnote-11). До речі, виступаючи за виокремлення кримінально-протиправних дій із банківською таємницею від подібних дій із комерційною таємницею, А.М. Клочко не згадала того, що свого часу подібну ідею висунув та обґрунтував В.Б. Харченко. Цей науковець писав: «Комерційна таємниця є відокремленим видом конфіденційної інформації, що віднесена до об’єктів права інтелектуальної власності, і як такий об’єкт виступає предметом злочину у сфері інтелектуальної власності, що виключає її кримінально-правовий захист однією нормою із банківською таємницею, яка не є і не може бути об’єктом наведених відносин»[[12]](#footnote-12).

Здобувачка посилається на «Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України» (за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 3-тє вид., перероб. та допов. Київ: Атіка, 2003. 1056 с.) (номер 372 у списку використаних джерел), однак у контексті розкриття обраної теми варто було критично оцінити відповідні положення чергового перевидання цієї книги[[13]](#footnote-13). Адже саме у ньому наведені коментарі автора цих рядків до нових кримінально-правових заборон, безпосередньо присвячених злочинам у сфері банківської діяльності, зокрема до: ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності»; ст. 220-1 «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності»; ст. 220-2 «Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи».

Оскільки авторка в аспекті висвітлення шляхів протидії злочинам у сфері банківської діяльності торкається і проблематики застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, зазначу, що в Україні, крім праці, належної перу В.К. Грищука та О.Ф. Пасєці (номер 74 у списку використаних джерел), видано ще декілька монографічних робіт із цієї проблематики[[14]](#footnote-14), відсутність звернення до яких змушує вкотре вести мову про недостатню уваги пані Альони до здобутків попередників.

Аналізуючи шахрайство з використанням електронних засобів платежу або платіжних пристроїв (с. 344–350), здобувачка не звертається до коментаря до ст. 190 КК України[[15]](#footnote-15), в якому на достатньо фаховому, як на мене, рівні розкриваються особливості кримінально-правової характеристики шахрайства, вчиненого шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки.

Принагідно зауважу і те, що замість заявленого у назві підрозділу 1.1 з’ясування стану дослідження в науці проблеми кримінально-правової охорони сфери банківської діяльності в Україні у цій структурній частині дисертації розкриваються особливості методології проведеного дослідження.

Зроблені зауваження і побажання у переважній більшості стосуються дискусійних питань, не впливають на належний науковий рівень дисертації, не піддають сумніву основні наукові результати, отримані здобувачкою, і лише підтверджують складність і злободенність досліджуваної А.М. Клочко проблематики.

Положення, висновки і рекомендації, сформульовані у дисертації, відображено у 68 публікаціях, серед яких: 1 індивідуальна монографія; розділи в 3 колективних монографіях; 17 статей, опублікованих у фахових наукових виданнях України; 14 статей, опублікованих в іноземних виданнях, 12 з яких індексуються наукометричною базою Scopus; 28 тез наукових доповідей; 5 публікацій, які додатково відображають наукові результати дисертації.

Автореферат дисертації відображає зміст основних положень дисертації.

Отже, за актуальністю, ступенем новизни, обґрунтованістю і достовірністю, науковою і практичною значущістю отриманих результатів, повнотою їх викладення в опублікованих дисертантом наукових працях, а також за оформленням дисертація відповідає вимогам, які встановлені в пунктах 9, 10 Порядку присудження наукових ступенів, затвердженого постановою Кабінету



1. Водянніков О. Банківський законопроект, Конституція і справа Northern Rock Bank. URL: https://lb.ua/blog/oleksandr\_vodennikov/454687\_bankivskiy\_zakonoproekt.html. [↑](#footnote-ref-1)
2. Стан здійснення судочинства в Україні судами кримінальної юрисдикції у 2018 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2019. С. 64. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz\_kramin \_sud\_2018.pdf; Стан здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення судами загальної юрисдикції у 2019 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2019. С. 74. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz\_Krumin\_sudu\_ pravopor\_2019.pdf. [↑](#footnote-ref-2)
3. Васілін Є.М. Доведення банку до неплатоспроможності: соціальна обумовленість криміналізації, аналіз складу злочину: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Сєвєродонецьк, 2018. С. 24. [↑](#footnote-ref-3)
4. Возняковська К.А. Господарсько-правове регулювання відносин неспроможності банків: автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.04. Одеса, 2019. С. 5. [↑](#footnote-ref-4)
5. Васілін Є.М. Зазначена праця. С. 189–206. [↑](#footnote-ref-5)
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 157–158. [↑](#footnote-ref-6)
7. Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1. Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. С. 447. [↑](#footnote-ref-7)
8. Мовчан Р.О., Дудоров О.О., Дацюк В.Б. Кримінально-правова протидія створенню фінансових пірамід в Україні: сучасний стан і перспективи вдосконалення. *Юридичний електронний науковий журнал.* 2017. № 2. С. 108–127. URL: http://lsej.org.ua/2\_2017/34.pdf. [↑](#footnote-ref-8)
9. Бобонич Є.Ф. Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг: кримінально-правова характеристика (ст. 202 Кримінального кодексу України): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2009. С. 23. [↑](#footnote-ref-9)
10. Шаргородська Н.В. Об’єктивні ознаки складів злочинів у банківській системі: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2012. 226 с.; Ключик Ю.В. Кримінальна відповідальність за злочини, пов’язані з банкрутством: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя, 2019. 20 с. [↑](#footnote-ref-10)
11. Вислоцька Т.Ю.Кримінально-правова охорона таємниці в Україні: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2017. 275 с. [↑](#footnote-ref-11)
12. Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні. Харків: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2011. С. 423. [↑](#footnote-ref-12)
13. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с. [↑](#footnote-ref-13)
14. Михайлов О.О. Юридична особа як суб’єкт злочину: іноземний досвід та перспективи його застосування в Україні : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2008. 16 с.; Куц В.М., Сотніченко В.С. Юридична особа як об’єкт застосування кримінально-правових заходів : моногр. Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. 250 с.; Провоторов О.П. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи як інститут кримінального права України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2019. 19 с. [↑](#footnote-ref-14)
15. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 146–151.

Докладніше ці питання авторами згаданого коментаря висвітлювались у статті: Карчевський М.В., Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів. *Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах.* 2014. № 1. С. 97–123. [↑](#footnote-ref-15)