

**ЩОДО СОЦІАЛЬНОЇ ЗУМОВЛЕНОСТІ ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ  
СТ. 205 КК УКРАЇНИ**

**ON THE SOCIAL CONDITIONALITY OF DECRIMINALIZATION  
OF ARTICLE 205 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE**

Статтю присвячено питанням соціальної зумовленості норм права, зокрема підставам декриміналізації суспільно небезпечних діянь на прикладі декриміналізації фіктивного підприємництва.

Розгляд зазначеного питання проводиться з практичного кута зору, а саме з'ясовується, чи зменшився тиск на бізнес, як того прагнув законодавець, з ухваленням 18 вересня 2019 р. Закону України № 101-ІХ «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес», яким, зокрема, було вилучено ст. 205 КК України «Фіктивне підприємництво».

Зважаючи на зміну політики держави щодо протидії фіктивному підприємництву, автор вважає доцільним проаналізувати, чи є внесені до законодавства зміни соціально зумовленими й чи відповідають вони суспільній потребі.

Зазначається, що контролювальні органи часто використовували й використовують дотепер вироки та матеріали досудового розслідування (протоколи допиту директора суб'єкта підприємницької діяльності) як доказову базу під час притягнення до фінансової відповідальності за порушення норм податкового законодавства. Приділено увагу мотивам, що зумовили декриміналізацію ст. 205 КК України (фіктивне підприємництво). Автор на прикладах з особистої практики доводить, що внесення змін до закону України про кримінальну відповідальність не поліпшило ситуацію щодо здійснення тиску на бізнес.

У результаті дослідження автор доходить висновку, що підстава декриміналізації є єдиною. Це наукове обґрунтування відсутності суспільної небезпечності того чи іншого виду поведінки, що потребує протидії кримінально-правовими засобами.

Тож перспективи подальших розвідок у цьому науковому напрямі автор убачає в більш уважному ставленні науковців до питань, пов'язаних із науковим обґрунтуванням змін до КК України задля досягнення якісного закону, який би повною мірою відповідав суспільству.

**Ключові слова:** криміналізація, декриміналізація, підстави декриміналізації, фіктивне підприємництво, соціальна зумовленість.

The article is devoted to the issues of social conditionality of legal norms, in particular, the grounds for decriminalization of socially dangerous acts on the example of decriminalization of fictitious entrepreneurship.

Consideration of this issue is carried out from a practical point of view. It is namely clarified whether the pressure on business has decreased as the legislator aspired with the adoption on September 18, 2019 of the Law of Ukraine № 101-IX "On Amendments to the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Procedure Code of Ukraine to reduce pressure on business" which, in particular, excluded Art. 205 of the Criminal Code of Ukraine "Fictitious Entrepreneurship".

Owing to the change in the state policy on combating fictitious entrepreneurship, the author considers it appropriate to analyze: whether the changes in the legislation are socially conditioned, whether they meet public needs.

It is noted that the supervisory authorities have often used and still use the verdicts and materials of the pre-trial investigation (interrogation reports of the director of the business entity) as evidence in bringing to financial responsibility for violations of tax law.

Attention is paid to the motives that led to the decriminalization of Art. 205 of the Criminal Code of Ukraine (fictitious entrepreneurship). The author uses examples from personal practice to prove that the amendments to the Law of Ukraine on Criminal Liability have not improved the situation with regard to pressure on business. As a result of the study, the author concludes that the basis for decriminalization is the only one. It should be a scientific justification for the absence of public danger of a particular type of behavior that requires counteraction by criminal law.

Therefore, the author considers the prospects for further research in this area in a more attentive attitude of scientists to issues related to scientific substantiation of changes to the Criminal Code of Ukraine to achieve a quality law that would fully respond to society.

**Key words:** *criminalization, decriminalization, basis for decriminalization, fictitious entrepreneurship, social conditionality.*

**Вступ.** 18 вересня 2019 року було ухвалено Закон України № 101-IX «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес», яким, зокрема, було вилучено ст. 205 КК України «Фіктивне підприємництво».

Доцільність внесення відповідних змін була зумовлена передусім тим, що кримінальна відповідальність за фіктивне підприємництво є передумовою тиску на бізнес.

Зокрема, як зазначено в пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес», окрім самого факту наявності кримінальної відповідальності за вказане діяння, контролювальні органи використовують вироки й матеріали досудового розслідування (протоколи допиту директора суб'єкта підприємницької діяльності) як доказову базу під час притягнення до фінансової відповідальності за порушення норм податкового законодавства. Тому, обґрунтовуючи доцільність декриміналізації фіктивного підприємництва, варто акцентувати увагу на неспроможності під час застосування ст. 205 КК України досягнення мети кримінальної відповідальності та проблемі застосування ст. 205 КК України, що полягає, зокрема, у використанні як доказової бази фактів та обставин, встановлених вироком суду за ст. 205 КК України, та матеріалів досудового розслідування під час притягнення до фінансової відповідальності за порушення норм податкового законодавства [1].

Водночас уважаємо, що передумовою внесення змін до законодавства, а особливо це актуально для процесів криміналізації та декриміналізації, мають бути потреби суспільства в охороні тих чи інших соціальних цінностей.

Інакше кажучи, підставами декриміналізації норми права має бути не те, як вона використовується правозастосовниками, принаймні не лише це, а соціальні потреби суспільства.

Проблемі соціальної зумовленості норм права, зокрема кримінального, приділяється фахівцями значна увага. Як вказує В.Д. Філімонов, норма кримінального права, яка встановлює відповідальність за скоєння злочину, являє собою правову оболонку об'єктивно наявної норми соціальної справедливості, тобто такої норми, яка впливає із соціальних потреб суспільства [2, с. 56].

Важко не погодитися із твердженням, що «...законодавче визначення того, що є злочинним, та що не є таким, може слугувати науковою підставою для соціологічного вивчення лише в тому разі, якщо таке визначення буде розглянуто, зрозуміло та витлумачено перш за все як проєкцію соціальних потреб і запитів суспільства...» [3, с. 127]. Якщо ж закони про кримінальну відповідальність неадекватно відображатимуть суспільну потребу, вони не матимуть можливості регулювати поведінку людей і самим своїм існуванням підірватимуть авторитет кримінального права. Соціальна зумовленість внесення змін до закону має пояснювати потребу кримінально-правової охорони певних суспільних відносин, підвищувати наукову обґрунтованість змісту закону [4, с. 288].

З огляду на викладене великої актуальності набуває дослідження соціальної зумовленості внесення змін до законодавства України про кримінальну відповідальність.

**Постановка завдання.** Зважаючи на зміну політики держави щодо протидії фіктивному підприємству, ми вважаємо доцільним проаналізувати, чи є внесені до законодавства зміни

соціально зумовленими, чи відповідають вони суспільній потребі й, головне, наскільки було досягнуто мети, яку ставив законодавець під час внесення відповідних змін.

Оцінюючи загалом позитивно зазначені зміни, внесені до ст. 205 КК України, усе ж ставимо під сумнів досягнення тих цілей, які було поставлено авторами зазначеного законопроекту.

Зазначена проблематика викликала значну увагу серед фахівців у сфері права. Зокрема, окрему увагу з питань розслідування фіктивного підприємництва приділяв В. Білоус [5] і В. Важинський [6]. В. Лисенко проаналізував перспективи вдосконалення протидії діяльності суб'єктів господарювання з ознаками фіктивності [7]. Ю. Пілюков досліджував, зокрема, поняття та зв'язок фіктивного підприємництва з іншими економічними злочинами в Україні [8]. Ю. Опалінським було точно визначено особливості кримінальної відповідальності за фіктивне підприємство [9] та інші. Уже після декриміналізації ст. 205 КК України, О. Куц зазначав про непослідовність і поспішність діяльності нової Верховної Ради [10]. А. Байдою та Д. Новіковим було проаналізовано доцільність такого законодавчого кроку в зіставленні з досвідом боротьби з відповідним суспільно небезпечним явищем у зарубіжних країнах [11].

Водночас більшість дослідників зазначеного питання приділяла увагу лише окремим аспектам розслідування, визначенню понять фіктивної діяльності, фіктивної фірми, фіктивних підприємств і пов'язаних із ними категорій.

Проте питанням соціальної зумовленості декриміналізації фіктивного підприємництва окремо увага не приділялася.

Тому **метою** статті є аналіз доцільності відповідних правових змін.

**Результати дослідження.** Як адвокату, автору статті не раз доводилося стикатися із ситуаціями, коли матеріали відповідних кримінальних проваджень лягали в основу висновків ДПС про нереальність господарських операцій між контрагентами.

Здавалося б, декриміналізація ст. 205 КК України мала б змінити цю ситуацію. Саме на це сподівалися автори відповідного законопроекту. Водночас очікуваних змін не відбулося.

Зокрема, захищаючи інтереси підприємства ТОВ «НВП С.», ми звернулися до Харківського окружного адміністративного суду з позовом про скасування податкових повідомлень-рішень.

Відповідач у справі, ГУ ДПС у Харківській області надали свої заперечення на позов, в яких, зокрема, було зазначено, що від оперативного управління ГУ ДФС у Харківській області отримано протокол допиту громадянина П., яким повідомлено про непричетність до здійснення фінансово-господарської діяльності підприємств-контрагентів підприємства, інтереси якого ми представляли в зазначеному процесі.

Далі у своїх запереченнях ГУ ДПС у Харківській області цитують протокол допиту відповідного громадянина, у якому повідомлено слідчого про те, що П. умовно-достроково звільнився після відбування покарання у виді позбавлення волі. Біля станції метро «Холодна гора» до нього підійшов чоловік, який запропонував йому заробити. Для цього П. мав зареєструвати на себе підприємство. Чоловік повідомив про те, що все це цілком законно. Тож П. погодився. За винагороду в сумі 3000 грн він зареєстрував підприємство ООО «О.Г.», відкрив рахунки й отримав електронний ключ. Просить усі угоди, які було складено від його імені як директора ООО «О.Г.» вважати недійсними.

Такі самі показання П. дає й щодо іншого підприємства-контрагента того підприємства, інтереси якого ми представляємо в адміністративному суді.

На обґрунтування своїх заперечень щодо задоволення позовних вимог ГУ ДПС посилається на Постанову ВСУ від 22 січня 2019 р. у справі № 826/18174/13-а, у якій ВСУ, посилаючись, зі свого боку, на постанову від 22 листопада 2016 р. у справі № 826/11397/14, де зазначено «посилаючись на аргументи судів попередніх інстанцій щодо відсутності у кримінальній справі вироку, зазначив, що таку обставину, як наявність кримінального провадження, зареєстрованого за фактом скоєння злочину, передбаченого ст. 205 Кримінального кодексу України, стосовно фіктивності підприємства — контрагента покушця, не могло бути не враховано судом, оскільки статус фіктивного підприємства несумісний із легальною підприємницькою діяльністю, навіть за формального підтвердження її первинними документами. Первинні документи, які виписані фіктивним підприємством, не можуть вважатися належно оформленими документами, що підтверджують факт придбання товарів, робіт чи послуг, а тому віднесення сум податку на додану вартість до податкового кредиту є безпідставним» [12].

Такої ж думки, зазначає далі ДПС, дотримується у своїй постанові ВСУ від 18 грудня 2018 р. у справі № 816/1118/17, де також встановлено правову позицію, що, перевіряючи факт здійснення господарської операції, на підставі якої платником податків сформовано дані подат-

кового обліку, суд досліджує товарність такої операції в сукупності чинників, що впливають на її реальний зміст. Зокрема, потрібно оцінити документи та інші дані, що відображені платником податків у податковому та бухгалтерському обліку, з урахуванням специфіки спірної господарської операції [13].

І далі відповідачем у вказаній справі зазначається, що всі надані пояснення та документи жодним чином не підтверджують спроможність і можливість контрагентів виконати для ТОВ НВП «С.» замовлені послуги.

Проте відповідачем надані підприємством документи не було проаналізовані, взагалі ж усього заперечення жодного слова про конкретні надані підприємством документи. Усі заперечення являють собою довільно вибрані цитати з постанов ВСУ.

Водночас у цитованій раніше постанові ВСУ від 18 грудня 2018 р. у справі № 816/1118/17 у п. 16 зазначено «Під час розв'язання спорів щодо правомірності формування платниками податків своїх даних податкового обліку, зокрема, якщо предметом спору є достовірність первинних документів і підтвердження інших обставин реальності, відображених у податковому обліку господарських операцій, суди повинні враховувати, що обов'язок доведення відповідних обставин у спорах між особою та суб'єктом владних повноважень покладатиметься на суб'єкта владних повноважень, якщо він заперечує проти позову.

Відповідно до п. 17 цієї ж постанови, у разі надання контролювальним органом доказів, які в сукупності з іншими доказами у справі свідчать, що документи, на підставі яких платник податків задекларував податковий кредит і сформував витрати, містять інформацію, що не відповідає дійсності, платник податків має спростовувати ці доводи» [14].

На думку представника ГУ ДПС у Харківській області, уся надана підприємством інформація, первинна документація, договори, що уклалися між підприємствами, тощо спростовується одним лише протоколом допиту.

Водночас однією із загальних засад кримінального провадження є безпосередність дослідження показань.

Відповідно до положення п. 1 ст. 23 КПК України, суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно.

Крім того, з положень, передбачених ч. 4 ст. 95 КПК України, випливає, що суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому ст. 225 цього Кодексу. Суд не має права обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

Не може бути визнано доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених цим Кодексом [15].

Водночас кримінальне провадження, в якому допитували директора підприємства, було поставлене в СРДР за ст. 191 КК України «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем». Тож незрозуміло взагалі, як допит за ст. 191 КК України стосується висновку щодо фіктивності підприємства.

Причому саме по собі існування протоколу допиту особи щодо інших фактів у кримінальному провадженні, яке загалі не належить до діяльності підприємства, у якому особу було допитано без участі адвоката у справі, що, можливо, на час її розгляду вже закрито, і не виключено, що за реабілітуючими підставами, у справі відсутній вирок суду, відповідно, зазначений протокол допиту не можна визнавати належним і допустимим доказом.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 74 КАС України, суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом.

Зрештою, законом, який визначає порядок отримання показань під час досудового слідства та порядок їх фіксації у протоколі допиту, є Кримінальний процесуальний кодекс України.

Згідно з ч. 1 та ч. 2 ст. 23 КПК України, суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Не може бути визнано доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених цим Кодексом.

Ч. 4 ст. 95 КПК України передбачено, що суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо приймав під час судового засідання або отриманих у порядку,

передбаченому ст. 225 цього Кодексу. Суд не має права обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

Отже, до набуття вироком суду законної сили в межах кримінального провадження протокол допиту досудового розслідування не може вважатися належним доказом в адміністративному судочинстві.

Водночас уважаємо, що й сам факт заперечення причетності до створення та ведення фінансово-господарської діяльності підприємств не може бути беззаперечним свідченням безтоварності спірних операцій, якщо факт виконання зобов'язань із боку позивача та його контрагентів за укладеними договорами, підтверджується належним чином оформленими первинними документами, що відображають реальність відповідних господарських операцій, які є підставою для формування податкового обліку платника податків.

Як зазначив суд під час ухвалення рішення у справі, де автор статті представляла інтереси підприємства, «законом не встановлено обмежень щодо внесення до складу податкового кредиту сум ПДВ з товарів (послуг) з підстав, викладених відповідачем, за умови, що такий продавець зареєстрований платником податку на додану вартість, за наявності належним чином оформлених податкових накладних і за наявності фактичного здійснення операцій із придбання товарів (робіт, послуг). Окрім того, порушення, допущені одним платником податків у відображенні в податковому обліку певної господарської операції, за загальним правилом не впливають на права та обов'язки іншого платника податків.

Ця позиція узгоджується із практикою Європейського суду з прав людини. Зокрема, у справі «БУЛВЕС» АД проти Болгарії» (заява № 3991/03) Європейський суд із прав людини у своєму Рішенні від 22 січня 2009 р. зазначив, що платник податку не повинен нести наслідків невиконання постачальником його зобов'язань зі сплати податку і в результаті сплачувати ПДВ вдруге, а також сплачувати пеню. На думку Європейського суду з прав людини, такі вимоги стали надмірним тягарем для платника податку, що порушило справедливий баланс, який повинен підтримуватися між вимогами суспільного інтересу та вимогами захисту права власності.

Отже, формування податкового кредиту та податкового зобов'язання платником ПДВ здійснено відповідно до вимог Податкового кодексу України за правилом першої події.

На підставі вищевикладеного, суд доходить висновку, що господарські операції ТОВ «Х. П.» мали реальний характер, призвели до зміни майнового стану учасників господарських відносин, що підтверджується наявними в матеріалах справи документах, тож податкові повідомлення — рішення ГУ ДПС у Харківській області від 4 листопада 2019 р. № 00000410518, № 00000420518 ухвалені необґрунтовано та підлягають скасуванню, а тому позовні вимоги ТОВ «Х. П.» варто задовольнити в повному обсязі» [16].

Нині ГУ ДПС у Харківській області було подано апеляційну скаргу на зазначене рішення суду. І хоча рішення суду першої інстанції було ухвалено на користь підприємства, все одно позбулися тиску на бізнес, як то того прагнув законодавець під час внесення змін до КК України, не вдалося, а отже й досягти мети, поставленої під час здійснення декриміналізації фіктивного підприємництва.

**Висновки.** Вважаємо, що підстава декриміналізації є єдиною. Це наукове обґрунтування відсутності суспільної небезпечності того чи іншого виду поведінки, що потребує протидії кримінально-правовими засобами.

Тож перспективи дальших розвідок у цьому науковому напрямі ми вбачаємо в більш уважному ставленні науковців до питань, пов'язаних із науковим обґрунтуванням змін до КК України задля досягнення якісного закону, який би повною мірою відповідав потребам суспільства.

#### Список використаних джерел:

1. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес». URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=1080&skl=10](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=1080&skl=10).

2. Филимонов В.Д. Норма уголовного права. Санкт-Петербург : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. 281 с.

3. Основания уголовно-правового запрета (Криминализация и декриминализация) / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев. Москва : Наука, 1982. 304 с.

4. Борисов В.І. Системний підхід при визначенні підстав кримінально-правової заборони. *Методологічні проблеми правової науки* : матеріали міжнародної наукової конференції, м. Харків, 13–14 грудня 2002 р. Харків : Право, 2003. С. 287–289.

5. Білоус В.В. Проблеми методики розслідування фіктивного підприємництва : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 ; Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого. Харків, 2004. 20 с.
6. Важинський В.М. Процес доказування при розслідуванні фіктивного підприємництва та пов'язаних із ним злочинів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 ; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2009. 19 с.
7. Лисенко В.В. Проблеми та перспективи удосконалення протидії діяльності суб'єктів господарювання з ознаками фіктивності. Київ : Алерта, 2012. 298 с.
8. Пілюков Ю.О. Фіктивне підприємництво в Україні. Поняття та зв'язок з іншими економічними злочинами. *Актуальні проблеми правознавства*. 2019. Вип. 1 (17). С. 140–144.
9. Опалінський Ю.В. Кримінальна відповідальність за фіктивне підприємництво : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 1998. 20 с.
10. Куц О. Немає статті, не буде покарання. Що не так з декриміналізацією фіктивного підприємництва. *112.ua*.
11. Байда А.О., Новіков Д.О. Декриміналізація фіктивного підприємництва. Правильний крок чи погіршість? *Молодий вчений*. № 10 (74). Жовтень, 2019 р. С. 129–133.
12. Постанова ВСУ від 22 січня 2019 р. Справа № 826/18174/13-а, адміністративне провадження № К/9901/5127/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79313185>.
13. Постанова ВСУ від 18 грудня 2018 р. Справа № 816/1118/17, адміністративне провадження № К/9901/3565/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78773797>.
14. Постанова ВСУ від 6 вересня 2019 р. Справа № 820/2835/18, адміністративне провадження № К/9901/66395/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84077169>.
15. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
16. Рішення Харківського окружного адміністративного суду від 16 червня 2020 р. Справа № 520/1017/2020.