

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.43.240991>

УДК 343.535

Р. О. Мовчан, докт. юрид. наук, доцент, професор
Донецький національний університет імені Василя Стуса
Кафедра конституційного, міжнародного і кримінального права
вул. 600-річчя, 21, Вінниця, 21000, Україна
e-mail: romanmov1984@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2074-8895>

Є. Ю. Драчевський, аспірант
Донецький національний університет імені Василя Стуса
Кафедра конституційного, міжнародного і кримінального права
вул. 600-річчя, 21, Вінниця, 21000, Україна
e-mail: d.evgenij1@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2059-5393>

У ПОШУКАХ ОПТИМАЛЬНОЇ МОДЕЛІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННОМУ ГРАЛЬНОМУ БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ

У статті розглядаються проблеми вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей. Проаналізовано доктринальні позиції з цього приводу, а також відповідний іноземний досвід. Робиться висновок, що Кримінальний кодекс України неодмінно має бути доповнений загальною нормою, яка буде передбачати кримінальну відповідальність за усі найбільш суспільно небезпечні прояви порушень встановленого порядку зайняття господарською діяльністю. Водночас констатується, що такий крок може бути реалізований лише після кропіткої роботи як вітчизняного законодавця, так і науковців, зважаючи на що резюмується, що на сьогодні оптимальним способом кримінально-правової протидії незаконному гральному бізнесу є наявність відповідної спеціальної норми (ст. 203–2 Кримінального кодексу України).

Ключові слова: гральний бізнес, азартні ігри, ліцензія, злочин, кримінальна відповідальність.

Постановка проблеми. 14 липня 2020 р. вітчизняними парламентаріями було прийнято Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (далі – Закон від 14 липня 2020 р.). Головним наслідком ухвалення цього Закону стало скасування існуючої в нашій державі з 2009 р. абсолютної заборони на зайняття гральним бізнесом, що, своєю чергою, обумовило внесення одночасних змін і до ст. 203–2 Кримінального кодексу (далі – КК) України.

Водночас масмо зазначити, що спосіб втілення відповідної законодавчої ініціативи у нормативний матеріал не знайшов одностайної підтримки у фаховому середовищі, а дискусії з цього приводу активно тривають і донині. Зокрема, чимало науковців апелюють до того, що замість чергової спеціальної заборони, присвяченої гральному бізнесу, КК України мав бути доповнений загальною (-ими) нормою (-ами) на кшталт існуючої (-их) раніше ст. 202 «Порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю» та ст. 203 «Зайняття забороненими видами господарської діяльності». За таких умов своє вагомє слово мають сказати представники кримінально-правової доктрини, які повинні відповісти на відповідні питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У вітчизняній юридичній літературі розглядувана проблематика ставала предметом наукових розвідок таких вчених, як Д. О. Васильєва, В. В. Висоцька, А. А. Вознюк, О. З. Гладун, О. О. Дудоров, Д. В. Каменський, Н. О. Петричко, А. С. Політова, С. В. Рябчук, А. В. Савченко та інших. Але, незважаючи на позначену доктринальну активність, мусимо констатувати, що

більшість робіт названих авторів було виконано ще до прийняття аналізованих змін до законодавства, а тому в кримінально-правовій науці виникла потреба критичного переосмислення існуючих підходів до вирішення відповідної проблематики.

Метою статті є наукове обґрунтування оптимальної моделі кримінально-правової протидії незаконному гральному бізнесу в Україні, зокрема, вирішення питання про те, чи потрібна загальна норма (на кшталт існуючих раніше статей 202 та 203 КК України), чи ж спеціальна стаття, присвячена незаконній організації та проведенню азартних ігор і лотерей.

Виклад основного матеріалу. Як і для багатьох інших фахівців, для нас очевидною виглядає передчасність здійснена Законом України від 15 листопада 2011 р. *беззастережна* декриміналізація фактично *всіх* тих порушень, про які йшлося у статтях 202 та 203 КК України¹. У цьому контексті пригадуються резонні зауваження Д. В. Каменського, який запитує: якщо протягом десяти років існування кримінально-правової заборони її суспільна небезпека була для всіх очевидною, ця норма входила до розробленої системи державного реагування на протиправні господарські посягання, то що раптом трапилось у 2011 р.? Невже тіньова економіка в Україні перед чи в день голосування за Закон від 15 листопада 2011 р. зникла або хоча б знизилась до мінімальних рівнів, притаманних розвинутим економікам світу? Невже діяльність «у темну», без державної реєстрації та зі всіма впливаючими наслідками соціально-економіко-правового характеру перестала бути небезпечним трендом нашого суспільства, яке живе в умовах перманентної нестабільності економіки [3, с. 303]? Від себе ж додамо, що парламентарії абсолютної більшості інших пострадянських країн, економіки яких зіштовхнулися з тими ж викликами, що й вітчизняна, не визнали за потрібне декриміналізувати відповідні діяння, залишивши у своєму арсеналі у т. ч. і кримінально-правові засоби реагування на порушення встановленого порядку провадження господарської діяльності.

До дивної логіки вітчизняного законодавця апелюють і інші вчені. Зокрема, О. О. Дудоров нераціональним називає вилучення з КК статей 202 та 203, які є загальними щодо інших норм, залишених у структурі розділу VII Особливої частини КК (статті 203–1, 203–2, 204, 213) [4, с. 48]. Нерозуміння того, чому, наприклад, серед кримінально караних залишилось діяння, передбачене ст. 213 КК України, тоді як декриміналізована була діяльність щодо організації «фінансових пірамід», озвучує й І. Б. Медичкий [5, с. 305]. Подібними за змістом питаннями свого часу задавалися і ми, крім того вказуючи на нелогічність існуючої ситуації, коли деякі порушення порядку зайняття господарською діяльністю тягнуть кримінальну відповідальність незалежно від масштабів такої діяльності, тоді як здійснення, наприклад, без ліцензії всіх інших видів діяльності, про які йдеться у ч. 1 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», – навіть якщо вони пов'язані з отриманням доходу у великих розмірах, – тягне лише адміністративну відповідальність за ч. 1 або за ч. 2 ст. 164 КУпАП [6, с. 389].

Водночас варто зазначити, що попри наявність певної «ностальгії» за статтями 202 та 203 КК України фактично всі зазначені вище науковці одночасно визнавали і те, що вказані загальні норми не могли претендувати на звання «еталону» законотворчості. Зокрема, крім добре відомих проблем, пов'язаних із доходом, який відігравав у складах злочину, передбаченого ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК України, роль криміноутворювальної ознаки, навряд чи вдалою була і позиція законодавця, який у цій статті КК однакового кваліфікуючого значення надавав факту відсутності ліцензії на певний вид господарської діяльності і факту порушення ліцензійних умов. Саме тому повернення відповідних заборон до тексту КК має здійснюватися не шляхом механічного відтворення їхніх попередніх редакцій, а з урахуванням здобутків кримінально-правової доктрини [2, с. 127].

Озвучену гіпотезу підтримує і Д. В. Каменський, який хоча і критикує як положення, так і логіку ухвалення Закону України від 15 листопада 2011 р., але при цьому нагадує, що в кожному конкретному випадку запровадження кримінальної відповідальності за

¹ У своїх публікаціях на цю обставину неодноразово вказував і один із авторів цієї статті [1; 2].

нове діяння потрібно ще встановити наявність відповідних умов, підстав та передумов для криміналізації [3, с. 303].

Встановлення згаданої Д. В. Каменським «наявності умов, підстав та передумов для криміналізації» і повинно стати визначальним фактором формування позиції щодо необхідності рекриміналізації діянь, про які йшлося у статтях 202 та 203 первинної редакції КК України. Пригадуючи ж основні положення теорії криміналізації, стає очевидним, що головним у цьому аспекті є відповідь на питання про те, чи володіють відповідні господарські делікти таким ступенем суспільної небезпеки, який є достатнім для віднесення їх до числа кримінально протиправних.

Незважаючи на свою очевидність та, на перший погляд, простоту, насправді поставлене питання є одним із найбільш складних як у кримінальному праві загалом, так і при з'ясуванні доцільності меж криміналізації саме господарських деліктів – особливо й зокрема. Так, проєктуючи всі наведені вище положення на проблематику доцільності/недоцільності доповнення КК України нормами, які є подібними до існуючих раніше загальних статей 202 та 203¹, хотілося б зазначити, що для її вирішення потрібно відповісти на низку інших похідних питань, головним із яких є доцільність встановлення кримінальної відповідальності за сам факт (незалежно від масштабів) здійснення без одержання ліцензії всіх передбачених регулюючим законодавством підліцензійних видів господарської діяльності.

Тут варто нагадати, що, незважаючи на перманентні спроби зменшити кількість підліцензійних видів діяльності, наразі ч. 1 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» передбачено аж 34 (!) таких різновидів. При цьому суспільна небезпека провадження без ліцензії деяких із них, попри всю оцінність цього показника, є очевидно різною. Наприклад, викликає сумнів і тому потребує ретельного дослідження доцільність віднесення до числа кримінально протиправних будь-яких проявів здійснюваної без ліцензії діяльності у галузі: телебачення та радіомовлення; освітньої діяльності; посередництва у працевлаштуванні за кордоном; перевезення пасажирів; зовнішньоекономічної; охоронної діяльності (пункти 4, 6, 20, 24, 25, 30, відповідно) та деяких інших.

В абсолютній більшості пострадянських країн (виняток – ст. 372 КК Естонії), як і в колишній ст. 202 КК України, наслідується підхід розробників Модельного КК СНД (ст. 255), який полягає в тому, що відповідальність встановлюється лише за ті дії, які супроводжуються отриманням певного доходу або спричиненням певної шкоди. Водночас грузинські парламентарії поруч із загальною нормою про незаконну підприємницьку діяльність окремо передбачили кримінальну відповідальність за незаконні освітню та виховну діяльність (статті 192–1 та 192–2 КК Грузії), а в кримінальних кодексах багатьох інших країн виділено спеціальні норми про незаконну фінансову та, зокрема, банківську діяльність (ст. 217 КК Казахстану, ст. 240 КК Туркменістану), незалежно від згаданих вище показників.

У контексті сказаного знову ж таки виникає питання: здійснення без ліцензії яких із 34 передбачених на сьогодні законодавством підліцензійних видів діяльності має визнаватися кримінально караним а рїогі, а яких – лише залежно від масштабів та наслідків такої діяльності?

У цьому дослідженні, зважаючи на його мету, ми можемо стверджувати лише те, що, з урахуванням ступеня суспільної небезпеки, здійснювана без отримання ліцензії діяльність щодо організації та проведення азартних ігор або лотерей має визнаватися кримінально караною незалежно від її масштабів. Що ж до інших 32 видів діяльності, то аналогічний висновок фактично щодо кожного з них може бути отриманий лише у результаті проведення спеціального комплексного економіко-правового дослідження, присвяченого виключно цій проблематиці. Причому для нас очевидно, що робота в цьому

¹ Зауважимо, що в деяких пострадянських країнах відповідальність за відповідні дії була уніфікована в межах єдиної заборони (ст. 372 КК Естонії, ст. 214 КК Казахстану, ст. 241 КК Молдови, ст. 259 КК Таджикистану).

напрямі має відбуватись із широким залученням не лише фахівців у галузі господарського права, а й економістів, які мають спільно провести аудит та сформуванати обґрунтоване і хоча б відносно стабільне коло видів діяльності, які підлягають ліцензуванню. І лише потім до цього процесу мають «приєднатися» криміналісти, які спочатку, спільно та не останньою чергою на підставі інформації згаданих спеціалістів, мають визначитись із суспільною небезпекою кожного із пройшовших «ретельний відбір» підліцензійних видів діяльності, а вже потім – запропонувати законодавцю оптимальні шляхи кримінально-правової протидії відповідним проявам безліцензійної діяльності.

У разі ж «автономної» роботи зазначених груп фахівців ми постійно будемо мати справу із ситуацією подібною до тієї, яка виникла відносно оцінки суспільної небезпеки незаконної діяльності з металобрухтом. Нагадаємо, що цей вид діяльності хоча й був виключений з числа підліцензійних («сфера» господарського права), однак порушення порядку здійснення заготівлі металобрухту та операцій з металобрухтом (на відміну від тих, що залишилися підліцензійними) все рівно тягне кримінальну відповідальність за ст. 213 КК України. При цьому одні криміналісти (І. Б. Медичкий) переконані у недоцільності криміналізації відповідних діянь [5, с. 305], тоді як інші (Д. В. Каменський), навпаки, вказують на те, що практиці відомі безперечно масштабні суспільно небезпечні прояви незаконної діяльності з металобрухтом, коли громадяни нічим не гребують заради заволодіння цінним ресурсом тощо [3, с. 303].

Висновки і пропозиції. З урахуванням усіх наведених положень ми дійшли трьох головних та впливаючих один з одного висновків:

1) КК України неодмінно має бути доповнений загальною нормою (або ж двома нормами), яка (–і) буде (–уть) передбачати кримінальну відповідальність за усі найбільш суспільно небезпечні прояви порушень встановленого порядку зайняття господарською діяльністю. Теоретично така проєктована заборона могла б охопити собою у т. ч. і безліцензійне або ж інше незаконне провадження діяльності щодо організації та проведення азартних ігор або лотерей, що, відповідно, усунуло б необхідність існування відповідної окремої норми. У будь-якому разі в Україні має бути вирішено і питання щодо кваліфікації зайняття забороненими видами господарської діяльності, що важливо зокрема і з точки зору кримінально-правової оцінки прямо заборонених регулюючим законодавством азартних ігор та діяльності у цій сфері;

2) однак питання про недоцільність існування окремої кримінально-правової норми, присвяченої азартним іграм та лотереям, на порядок денний може бути поставлено лише тоді, коли за результатами відповідних кропітких експертних напрацювань буде сформовано:

– по-перше, обґрунтоване і, що не менш важливо, більш-менш стабільне коло підліцензійних видів господарської діяльності, порушення порядку зайняття якими має тягнути кримінальну відповідальність;

– по-друге, удосконалену редакцію відповідної загальної норми, приписи якої мають корелюватися з положеннями господарського законодавства і в межах якої (–их) не залишиться місця тим дискусійним аспектам, які були характерні для існуючих раніше статей 202 та 203 КК України (зокрема, доцільності: згадування не лише про безліцензійну, а й діяльність з порушенням ліцензійних умов; надання криміноутворюючого або кваліфікуючого значення масштабам та наслідкам такої діяльності (як і відповідним показникам); уніфікації у межах єдиної норми відповідальності як за безліцензійну діяльність, так і за зайняття забороненими видами господарської діяльності тощо);

3) а отже, на сьогодні оптимальним способом кримінально-правової протидії незаконній діяльності з організації або проведення азартних ігор або лотерей є наявність відповідної спеціальної норми (ст. 203–2 КК України), на удосконалення якої і мають бути спрямовані зусилля науковців і пропозиції щодо чого ми спробуємо аргументувати за результатами написання наступних статей, присвячених аналізованій проблематиці.

Список використаної літератури

1. Дудоров О. О., Мовчан Р.О. Законодавство України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – час визначитись зі стратегією розвитку. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 2. С. 215–263.
2. Дудоров О. О., Мовчан Р.О. Розвиток законодавства України про кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності: проблеми і тенденції. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2020. № 4. С. 120–140.
3. Каменський Д. В. Відповідальність за економічні злочини у Сполучених Штатах Америки та Україні: порівняльно-правове дослідження: монографія / передне слово д-ра юрид. наук, проф. О. О. Дудорова. Київ: ВД «Дакор», 2020. 1128 с.
4. Дудоров О.О. Ще раз про кримінальну відповідальність за фіктивне підприємництво. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю» з нагоди відзначення 25-річчя навчально-наукового юридичного інституту. 8–10 червня 2017 р. Івано-Франківськ, 2017. С. 44–48.
5. Медицький І.Б. Нові витoki розвитку вітчизняної кримінально-правової політики. Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. (19–20 квітня 2012 р.). Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2012. С. 303–305.
6. Мовчан Р. О., Драчевський Є. Ю. Оновлення ст. 203–2 КК України як наслідок скасування заборони грального бізнесу: аналіз на предмет відповідності принципу суспільної безпеки. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 8. С. 386–390.

References

1. Dudorov, O.O., Movchan, R.O. (2015). Zakonodavstvo Ukrainy pro kryminalnu vidpovidalnist za zlochyyny u sferi hospodarskoi diialnosti – chas vyznachytys zi stratehiieiu rozvytku. *Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy* [in Ukrainian].
2. Dudorov, O.O., Movchan, R.O. (2020). Rozvytok zakonodavstva Ukrainy pro kryminalni pravoporushennia u sferi hospodarskoi diialnosti: problemy i tendentsii. *Visnyk Luhanskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav imeni E. O. Didorenka* [in Ukrainian].
3. Kamenskyi, D.V. (2020). Vidpovidalnist za ekonomichni zlochyyny u Spoluchenykh Shtatakh Ameryky ta Ukraini: porivnialno-pravove doslidzhennia: monohrafiia / prednie slovo d-ra yuryd. nauk, prof. O.O. Dudorova. Kyiv: VD «Dakor» [in Ukrainian].
4. Dudorov, O.O. (2017). Shche raz pro kryminalnu vidpovidalnist za fiktivne pidpriemnytstvo. Materialy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii «Polityka v sferi borotby zi zlochynnistiu» z nahody vidznachennia 25-richchia navchalno-naukovoho yurydychnoho instytutu. 8–10 chervnia 2017 [in Ukrainian].
5. Medytskyi, I.B. (2012). Novi vytyky rozvytku vitchyznianoi kryminalno-pravovoi polityky: Teoretychni ta prykladni problemy suchasnoho kryminalnoho prava: materialy II mizhnar. nauk.-prakt. konf [in Ukrainian].
6. Movchan, R.O., Drachevskiy, Ye. Yu. (2020). Onovlennia st. 203–2 KK Ukrainy yak naslidok skasuvannia zaborony hralnoho biznesu: analiz na predmet vidpovidnosti pryntsypu suspilnoi nebezpeky. *Yurydychnyi naukovi elektronnyi zhurnal* [in Ukrainian].

Стаття надійшла 01.09.2021 р.

Р. А. Мовчан, докт. юрид. наук, доцент, профессор
Донецкий национальный университет имени Василя Стуса
Кафедра конституционного, международного и уголовного права
ул. 600-летия, 21, Винница, 21000, Украина
e-mail: romanmov1984@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2074-8895>

Е. Ю. Драчевский, аспирант
Донецкий национальный университет имени Василя Стуса
Кафедра конституционного, международного и уголовного права
ул. 600-летия, 21, Винница, 21000, Украина
e-mail: d.evgenij1@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2059-5393>

В ПОИСКАХ ОПТИМАЛЬНОЙ МОДЕЛИ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ НЕЗАКОННОМУ ИГОРНОМУ БИЗНЕСУ В УКРАИНЕ

Резюме

В статье рассматриваются проблемы совершенствования уголовной ответственности за незаконную деятельность по организации или проведению азартных игр, лотерей. Проанализированы доктринальные позиции по этому поводу, а также соответствующий иностранный опыт. Делается вывод, что Уголовный кодекс Украины обязательно должен быть дополнен общей нормой, которая будет предусматривать уголовную ответственность за все наиболее общественно опасные проявления нарушений установленного порядка занятия хозяйственной деятельностью. В то же время констатируется, что такой шаг может быть реализован только после кропотливой работы как отечественного законодателя, так и ученых, ввиду чего резюмируется, что на сегодня оптимальным способом уголовно-правового противодействия незаконному игорному бизнесу является наличие соответствующей специальной нормы (ст. 203–2 Уголовного кодекса Украины).

Ключевые слова: игорный бизнес, азартные игры, лицензия, преступление, уголовная ответственность.

R. O. Movchan, Doctor of Law, Associate Professor, Professor
Vasyl' Stus Donetsk National University
the Department of Constitutional, International and Criminal Law
600-year Street, 21, Vinnitsa, 21000, Ukraine
e-mail: romanmov1984@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2074-8895>

E. Yu. Drachevskuy, Graduate Student
Vasyl' Stus Donetsk National University
the Department of Constitutional, International and Criminal Law
600-year Street, 21, Vinnitsa, 21000, Ukraine
e-mail: d.evgenij1@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2059-5393>

IN SEARCH OF THE OPTIMAL MODEL OF CRIMINAL ANLEGAL COUNTERACTION TO ILLEGAL GAMING BUSINESS IN UKRAINE

Summary

The article discusses the problems of improving criminal liability for illegal activities in the organization or conduct of gambling, lotteries. The doctrinal positions on this issue, as well as the corresponding foreign experience, are analyzed. It is concluded that:

1) The Criminal Code of Ukraine should be supplemented by a general rule that will provide for criminal liability for all the most socially dangerous manifestations of violations of

the established procedure for engaging in economic activities. Theoretically, such a projected prohibition could cover, among other things, unlicensed or other illegal activities related to the organization and conduct of gambling or lotteries, which, accordingly, would eliminate the need for the existence of a corresponding special rule;

2) however, the question of the inexpediency of the existence of a special criminal law norm dedicated to gambling and lotteries can be put on the agenda only when, based on the results of the corresponding painstaking expert developments, the following is formed:

– firstly, a well-grounded and, which is no less important, a more or less stable circle of sublicensed types of economic activity, violation of the order of occupation of which should result in criminal liability;

– secondly, an improved version of the corresponding general rule, the instructions of which should be correlated with the provisions of the regulatory legislation and within which there will be no room for those controversial aspects that were characteristic of the previously existing Articles 202 and 203 of the Criminal Code of Ukraine;

3) therefore, today the optimal way of criminal-legal counteraction to illegal activities in the organization or conduct of gambling or lotteries is the presence of an appropriate special norm (Article 203–2 of the Criminal Code of Ukraine).

Keywords: gambling business, gambling, license, the crime, criminal liability.