



Сивка

ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД УКРАЇНИ
з розгляду цивільних і кримінальних справ
(ВССУ)

вул. П. Орлика, 4а, м. Київ, 01043, тел. 591-10-00
<http://sc.gov.ua>; e-mail: inbox@sc.gov.ua; код ЄДРПОУ 37317811

Головам апеляційних судів
областей, міст Києва і
Севастополя, Апеляційного суду
Автономної Республіки Крим

На виконання плану роботи ВССУ на 2015 рік здійснено аналіз судової практики розгляду кримінальних справ (проваджень) щодо зайняття гральним бізнесом за 2013–2014 роки, який обговорено та затверджено суддями судової палати у кримінальних справах ВССУ.

У зв'язку із цим надсилаємо аналіз судової практики для врахування в роботі та доведення до відома суддів місцевих судів.

Додаток: на 19 арк. в 1 прим.

Голова

Б. Гулько

Сивка С.М. - голова коміт.

Розслано Р. в електронній формі.
Фасилетов В. Рішення
справи № 167/15 від 24 грудня 2015 р.
25.12.15

ОТРИМАНО
ЕЛЕКТРОННОЮ ПОШТОЮ

inbox@kco.court.gov.ua

Вх. № 167/15 від « 24 » грудня 2015 р.

08 год. 49 хв.

Основ. на 1 арк. Дод. на 19 арк.

Вищий спеціалізований суд України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
вих № 93 - 2609/04-15 від 23.12.2015

пом. голови Хамсаурієв Л. [підпис]



(посада) ПІБ (підпис)

АНАЛІЗ

судової практики розгляду кримінальних справ (проваджень) щодо зайняття гральним бізнесом за 2013–2014 роки

Відповідно до плану роботи ВССУ у 2015 році здійснено аналіз судової практики розгляду кримінальних справ (проваджень) щодо зайняття гральним бізнесом (ст. 203² КК) за 2013–2014 роки.

Метою проведення цього аналізу є дослідження правильності застосування судами законодавства під час розгляду кримінальних проваджень (справ), передбачених статтею 203² КК, складнощів, що виникають при їх розгляді, а також висвітлення інших проблемних та спірних питань застосування зазначених норм закону України про кримінальну відповідальність та визначення шляхів їх вирішення з метою удосконалення судової практики.

1. Дані судової статистики

Відповідно до даних Державної судової адміністрації України інформація щодо засуджених осіб за ст. 203² КК у порівнянні наводиться в таблиці.

	2013 рік		2014 рік		Динаміка, %	
	ч. 1 ст. 203 ²	ч. 2 ст. 203 ²	ч. 1 ст. 203 ²	ч. 2 ст. 203 ²	ч. 1 ст. 203 ²	ч. 2 ст. 203 ²
Усього осіб, вироки (постанови) щодо яких набрали законної сили, із них:						
– засуджених	209	12	120	8	– 42,6	– 33,3
– виправданих	189	11	111	8	– 41,3	– 27,3
– справи стосовно яких закрито, із них:	3	0	5	0	66,7	х
– справи стосовно яких закрито, із них:	17	1	2	0	– 88,2	– 100
у зв'язку з дійовим каяттям	1	0	0	0	– 100	х
у зв'язку з передачею особи на поруки	4	1	0	0	– 100	– 100
у зв'язку з амністією	5	0	1	0	– 80	х
у зв'язку зі смертю	3	0	0	0	– 100	х
з інших підстав	4	0	1	0	– 75	х
Кількість осіб, до яких	186	11	110	8	– 40,9	– 27,3

застосовано штраф						
Кількість осіб, яким призначено покарання із застосуванням ст. 69 КК	54	1	39	1	-27,8	-

2. Кваліфікація діянь за ч. 1 ст. 203² Кримінального кодексу України (КК) як зайняття гральним бізнесом з урахуванням бланкетного характеру диспозиції кримінально-правової норми

2.1. Статтею 203² КК встановлено відповідальність за зайняття гральним бізнесом. При цьому кваліфікуючою ознакою аналізованого злочину є його вчинення особою, раніше судимою за зайняття гральним бізнесом.

З огляду на те, що ст. 203² КК було доповнено відносно нещодавно (Законом України від 22 грудня 2010 року № 2852-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства про заборону грального бізнесу в Україні»), необхідно враховувати, що до відповідних законодавчих змін діяння, яке полягало у зайнятті гральним бізнесом, охоплювалось загальною кримінально-правовою нормою, а саме ст. 203 КК «Зайняття забороненими видами господарської діяльності», яку було виключено на підставі Закону України від 15 листопада 2011 року № 4025-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності».

Особливість застосування ст. 203² КК полягає у тому, що для належного з'ясування змісту її ознак, необхідно керуватись спеціальним нормативно-правовим актом – Законом України від 15 травня 2009 року № 1334-VI «Про заборону грального бізнесу в Україні» (Закон), у нормах якого містяться визначення понять «гральний бізнес», «азартна гра», «організатор азартних ігор», «організація і проведення азартних ігор», «учасник азартної ігри», закріплено перелік дій, які не належать до азартних ігор, тобто понять, які мають істотне значення для вирішення питання про наявність у діях особи ознак складу злочину, а отже, про наявність підстави для кримінальної відповідальності.

Таким чином, враховуючи системний аналіз статей зазначеного Закону, а також визначення поняття «гральний бізнес» як діяльності, пов'язаної з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, на гральних автоматах, комп'ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах, в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера, можна дійти висновку про те, що об'єктивна сторона злочину, відповідальність за який встановлена ст. 203² КК, може полягати у вчиненні принаймні одного із таких трьох діянь: 1) організації азартних ігор; 2) їх проведення; 3) надання можливості доступу до таких ігор.

Зміст перших двох із наведених термінів також розкривається у Законі, оскільки згідно з п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону організація і проведення азартних ігор – це діяльність організаторів азартних ігор, що здійснюється з метою створення умов для здійснення азартних ігор та видачі вигравів (призів) учасникам азартних ігор. При цьому організаторами азартних ігор відповідно до положень п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону є фізичні та юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, що здійснюють діяльність з організації і проведення азартних ігор з метою отримання прибутку.

Враховуючи те, що у Законі організаторами азартних ігор визначені фізичні та юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності у судовій практиці склався неоднаковий підхід до вирішення питання про суб'єкта злочину, передбаченого ст. 203² КК.

Згідно з одним із таких підходів суб'єктом цього злочину не визнаються фізичні особи, які не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Наприклад, у 2014 році Синельниківським міськрайонним судом Дніпропетровської області розглянуто кримінальне провадження стосовно обвинуваченого З. та ухвалено виправдувальний вирок.

Основною з підстав для прийняття наведеного рішення у провадженні є те, що обвинувачений З. відповідно до вимог Закону не є суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК, оскільки З. ніде не працює та не є суб'єктом підприємницької діяльності, ніде не значиться як суб'єкт підприємницької діяльності. Суд зазначив, що органи досудового розслідування та прокурор не звернули уваги на вимоги Закону, а саме на пункти 1, 3, 4 ч. 1 ст. 1, згідно з якими гральний бізнес – це діяльність, пов'язана з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, на гральних автоматах, комп'ютерних стимуляторах... незалежно від місця розташування сервера; п. 3 встановлено, що організатори азартних ігор – це фізичні та юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, що здійснюють діяльність з організації і проведення азартних ігор з метою отримання прибутку; відповідно до п. 4 організація і проведення азартних ігор – діяльність організаторів азартних ігор, що здійснюється з метою створення умов для здійснення азартних ігор та видачі вигравів (призів) учасникам азартних ігор.

Це рішення місцевого суду було оскаржене в апеляційному порядку. Із вказаними висновками суду першої інстанції апеляційний суд не погодився і скасував судові рішення.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 16 травня 2014 року скасував вирок Синельниківського міськрайонного суду Дніпропетровської області та справу направив на новий судовий розгляд. Скасовуючи рішення місцевого суду, апеляційний суд зазначив, що аргументуючи висновок про виправдання обвинуваченого, суд поспався на те, що З. не є суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК, оскільки не є суб'єктом підприємницької діяльності.

Однак, роблячи вказаний висновок суд не звернув уваги на те, що стосується суб'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК, то ним визнається особа, яка досягла 16-річного віку і фактично виступає організатором зайняття гральним бізнесом.

Враховуючи наведений приклад, іншим підходом до вирішення питання про суб'єкта злочину, передбаченого ст. 203² КК є підхід, відповідно до якого суб'єктом злочину визнається не лише фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, а будь-яка фізична особа, яка відповідає вимогам, передбаченим ст. 18 КК та яка вчинила відповідний злочин.

Другої із наведених позицій дотримується ВССУ. Так, в ухвалі від 27 листопада 2014 року колегія суддів ВССУ, залишаючи без змін вирок Світловодського районного суду Кіровоградської області та ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області погодилась із висновками судів нижчого рівня про наявність у діях обвинуваченого ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК. В основу рішення суду касаційної інстанції покладено висновок про те, що системний аналіз положень ст. 203² КК та Закону свідчить, що суб'єктами цього злочину можуть бути як суб'єкти підприємницької чи господарської діяльності, так й інші особи, які фактично виступають у ролі організаторів, але при цьому не зареєстровані як суб'єкти підприємницької чи іншої господарської діяльності. При цьому, обвинуваченого Є.В. визнано винуватим та засуджено за ч. 1 ст. 203² КК за те, що він з січня 2013 року до 12 червня 2013 року використовував приміщення орендованих ним гаражів у м. Світловодську Кіровоградської області як ігрові зали для ведення грального бізнесу, тобто діяльності з організації проведення та надання можливості доступу до азартних ігор на гральних автоматах та комп'ютерних стимуляторах, що заборонено згідно зі ст. 2 Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні». Засуджений надавав доступ до ігрових автоматів, отримував кошти та виплачував виграші. Колегія суддів ВССУ, погоджуючись із наведеною кваліфікацією вказала, що із системного аналізу положень ч. 1 ст. 203² КК та зазначеного Закону вбачається, що суб'єктами аналізованого злочину можуть бути як суб'єкти підприємницької чи господарської діяльності, так й інші особи, які фактично виступають у ролі організаторів, але при цьому не зареєстровані як суб'єкти підприємницької чи іншої господарської діяльності.

Таким чином, при розгляді кримінальних проваджень щодо злочину, передбаченого ст. 203² КК, судам необхідно враховувати, що суб'єктом цього злочину можуть бути як особи, які зареєстровані у встановленому законодавством порядку суб'єктами підприємницької діяльності, так і особи, які вчиняють діяння, відповідальність за яке встановлена у ст. 203² КК, але при цьому не зареєстровані суб'єктами підприємницької діяльності.

2.2. Аналіз судової практики засвідчив, що у вчиненні злочину, передбаченого ст. 203² КК обвинувачуються особи, діяння яких полягають в організації грального бізнесу, а також особи, діяння яких не містять ознак

організаторства, натомість полягають у забезпеченні діяльності організованого іншими особами грального бізнесу.

При цьому під час проведення аналізу судової практики не виявлено проблем із кваліфікацією діянь осіб за наявності ознак організації грального бізнесу. Наявність таких дій обґрунтовано констатується судами у тих випадках, коли особа певним чином заволодіває приміщенням або використовує наявне у неї приміщення для облаштування залів із гральними автоматами, встановлює такі автомати, наймає людей на роботу у відповідних закладах, вчиняє дії, спрямовані на приховування грального бізнесу, імітуючи здійснення законної діяльності, тощо.

Так, вироком Святошинського районного суду м. Києва від 23 липня 2014 року, Т. визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК, а саме у зайнятті гральним бізнесом шляхом організації азартних ігор на персональних комп'ютерах. Т., реалізуючи свій злочинний умисел, направлений на зайняття таким видом діяльності, спочатку уклав договір суборенди з директором ПП «Г.» Р., відповідно до якого отримав у тимчасове користування нежиле приміщення. У подальшому через мережу Інтернет придбав 7 персональних комп'ютерів, які завіз у зазначене нежиле приміщення. Після цього за попередньою домовленістю із невстановленими досудовим слідством особами ці комп'ютери були підключені до мережі Інтернет, на них встановлено програмне забезпечення, електронне (віртуальне) казино, призначене для проведення азартних ігор. Крім того, згодом Т. найняв трьох працівників, які згідно зі своїми обов'язками за грошову винагороду мали забезпечити функціонування зазначеного вище грального закладу. У подальшому обвинувачений отримував прибуток від грального бізнесу, створивши умови для здійснення азартних ігор, видачі виграшу гравцям та безпосередньо контролював діяльність інтерактивного клубу.

Разом із тим результати аналізу судових рішень, прийнятих у кримінальних провадженнях стосовно осіб, які обвинувачуються у вчиненні злочину, передбаченого ст. 203² КК, засвідчили існування проблеми правильної кримінально-правової кваліфікації діянь осіб, які не були організаторами грального бізнесу, однак брали участь у забезпеченні його діяльності (касири, оператори, круп'є, менеджери гральних залів, продавці, охоронці).

Так, в ухвалі Апеляційного суду Донецької області від 18 березня 2014 року, якою залишено в силі виправдувальний вирок Куйбишевського районного суду м. Донецька від 25 грудня 2014 року, сформульовано позицію про те, що метою скоєння злочину, передбаченого ст. 203² КК, є отримання прибутку, що його суб'єктом повинні визнаватися лише організатори такого бізнесу, оскільки організація і проведення азартних ігор – це діяльність організаторів азартних ігор, а надання можливості доступу до азартних ігор змістовно поєднано з їх організацією та проведенням, що не можуть визнаватися суб'єктом цього злочину ті особи, яких організатор набирає за договором

для виконання окремих видів робіт чи надання певних послуг, зокрема, оператори, адміністратори.

Згідно з наведеною позицією, вчинення дій, які полягають у наданні можливості доступу до азартних ігор, не є кримінально-караним.

При цьому цей же суд апеляційної інстанції в іншому кримінальному провадженні ухвалою від 17 жовтня 2014 року залишив в силі вирок Жовтневого районного суду м. Маріуполя, яким А. визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ст. 203² КК, а саме у тому, що вона згідно з розробленим невстановленою особою планом злочинної діяльності виконувала доручені їй функції оператора гральних автоматів за грошову винагороду, гарантувала виплату грошових коштів у разі виграшу або у вигляді розписки про отримання грошових коштів, забезпечуючи своїми діями умови для грального бізнесу та проведення азартних ігор на гральних автоматах.

Таким чином, результати аналізу наведених прикладів, а також судових рішень засвідчили існування випадків неоднакової судової практики під час вирішення питання про ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 203² КК.

У контексті вирішення питання про забезпечення належної кримінально-правової оцінки діянь, осіб, які не були організаторами грального бізнесу, однак брали участь у забезпеченні його діяльності (касири, оператори, круп'є, менеджери гральних залів, продавці, охоронці), судам необхідно приділяти особливу увагу дослідженню ознак суб'єктивної сторони конкретного діяння. Насамперед, це стосується усвідомлення винною особи її участі у зайнятті забороненим видом господарської діяльності. Таким чином, різними мають бути правові наслідки діяння особи, яка здійснює функції касира, усвідомлюючи при цьому, що вона бере участь у забезпеченні здійснення забороненого виду грального бізнесу, та особи, яка не усвідомлювала і не могла усвідомлювати відповідної обставини.

У цьому контексті обґрунтованою є ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 22 січня 2015 року, якою скасовано вирок Заводського районного суду м. Миколаєва від 11 квітня 2014 року стосовно Х., М. та на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК закрито кримінальне провадження через встановлення відсутності в діянні складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 28, ч. 1 ст. 203² КК.

Судом апеляційної інстанції у цьому кримінальному провадженні було встановлено, що про існування покерного клубу обвинувачена Х. дізналася з оголошення і вирішила працевлаштуватися. Перед тим як почати працювати у клубі ходила на курси, а після закінчення почала працювати касиром, оскільки підійшов графік роботи. Усього у клубі працювало 15 осіб. На роботу обвинувачену приймав М.Р., який був хазяїном закладу. Разом із нею касиром працювала М., працювали позмінно. В її обов'язки входило прийняття грошових коштів, видання фішок, інколи на вимогу менеджера заміна фішок на гроші, також нараховування заробітної плати працівникам закладу. Крім того, за вказівкою М.Р. обвинувачена записувала скільки і в

кого залишалося грошей у касі клубу. Іншого доходу, крім заробітної плати, розмір якої встановив М.Р., не отримувала, оскільки була найманним працівником. До ігрового залу не виходила, тому не знала, що там відбувалося. Коли почала працювати касиром, то ігрові столи вже були. Що стосується ігрових автоматів, то вони стояли у залі, але до них також було заборонено ходити, гроші за автомати не видавала.

Згідно з цією ухвалою судом апеляційної інстанції було встановлено, що М. та Х. не усвідомлювали існування заборони щодо здійснюваної ними діяльності, оскільки клуб працював відкрито, була вівіска про роботу цього клубу, Х. працювала в цей клуб за оголошенням. Також Х. та М. показали, що вони отримували тільки заробітну плату.

У свою чергу, усвідомлення участі у забезпеченні здійснення забороненого виду грального бізнесу може мати місце, зокрема, у тих випадках, коли особи фактично не здійснюють організації грального бізнесу, однак при цьому у складі організованої групи здійснюють функції, які забезпечують проведення азартних ігор.

Так, у вирокі Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 14 березня 2014 року було встановлено, що для належного обслуговування грального залу Р. залучив інших членів організованої групи, а саме Г., Д., М. та К., розподіливши між ними обов'язки відповідно до наявних у зазначених осіб навиків та здібностей.

Так, відповідно до спільного плану злочинних дій Д. та М. безпосередньо проводили азартні ігри надаючи гравцям доступ до приміщення грального закладу і гральних автоматів, забезпечували сприятливі для гравців умови гри, безпосередньо отримували від гравців кошти за здійснення гри та у разі виграшу проводили його виплату, здійснювали ведення обліку руху коштів, отриманих або витрачених під час забезпечення азартних ігор, пошук гравців.

Крім того, згідно із спільним планом злочинних дій, Д. та М. були зобов'язані доповідати Р. про всі випадки вигравів, що становили більше 5 000 грн, про несправність гральних автоматів, необхідність здійснення інкасації грошових коштів, конфліктні ситуації, які виникали під час роботи грального залу.

На Г. були покладені функції з технічного обслуговування гральних автоматів: зокрема їх налаштування на імовірність виграшу чи програшу, заміну комплектуючих деталей, пошук та встановлення у гральному закладі нових гральних автоматів та азартних ігор, які користуються попитом серед гравців, здійснення технічного обслуговування всієї електротехніки у гральному залі, встановлення та подальше забезпечення роботи відеокамери зовнішнього спостереження.

На К. були покладені функції з контролю за обсягом коштів, здобутих під час діяльності організованої групи у сфері грального бізнесу, а саме: зняття показників з лічильників гральних автоматів та здійснення на їх підставі підрахунків руху коштів за певний період функціонування грального

закладу, надання Р. звітів за результатами проведених підрахунків, інкасація коштів з гральних автоматів та подальше їх передання Р.

Зазначені дії спрямовувалися на створення сприятливих умов для проведення та надання можливості доступу гравцям до азартних ігор на гральних автоматах, умовою участі в яких було внесення гравцем грошової ставки, яка дозволяла йому можливість під час гри, як отримати випадковий виграш, так і не отримати його залежно від випадковості.

При цьому усі члени організованої злочинної групи під час здійснення протиправної діяльності у сфері грального бізнесу строго дотримувались методів конспірації, забезпечуючи строгий пропускний режим до приміщення грального залу, до якого допускали тільки тих осіб, яким членами злочинного угруповання було дозволено здійснювати азартні ігри.

Також прикладом визнання наявності ознак складу злочину в діянні оператора зали гральних автоматів є вирок Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 14 квітня 2013 року, яким Р. засуджено за те, що вона 14 лютого 2012 року приблизно о 09.00 год, достовірно знаючи про заборону грального бізнесу в Україні, діючи в порушення Закону, уклала усну домовленість з невстановленою слідством особою, згідно з якою невстановлена особа з метою отримання прибутку від проведення азартних ігор на гральних автоматах, ігрових симуляторах прийняла Р. на роботу як оператора ігрових автоматів в організованому ним залі азартних ігор, в приміщенні № 61 за АДРЕСА, де раніше невстановленою слідством особою було встановлено 8 одиниць системних блоків персональних комп'ютерів та 10 одиниць гральних автоматів і за допомогою яких під виглядом інтернет-клубу здійснювалося зайняття гральним бізнесом.

Згідно з умовами усної домовленості в обов'язки Р. за грошову винагороду входило обслуговування клієнтів, в обладнаному невстановленою слідством особою залі з проведення азартних ігор, з використанням ігрових автоматів та ігрових симуляторів, у тому числі прийняття ставок від учасників азартних ігор та видання їм виграшів, які повністю або частково залежали від випадковості. Таким чином, Р., перебуваючи в злочинній змові з невстановленою слідством особою, усвідомлено порушуючи ст. 2 Закону, здійснювала заняття гральним бізнесом.

Отже, судам слід дуже ретельно підходити до характеру та обсягу дій і повноважень осіб при кваліфікації за ст. 203² КК. Якщо вони виконують суто технічні функції, які не пов'язані з безпосередньою участю у гральному бізнесі (охорона, офіціанти, прибиральники), підстав констатувати наявність ознак заборони грального бізнесу немає. Також немає підстав оцінювати як такі, що містять ознаки складу злочину, передбаченого ст. 203² КК, діяння осіб, які хоча фактично забезпечують діяльність закладу, у якому проводяться азартні ігри, однак при цьому не усвідомлюють того, що вони беруть участь у його забезпеченні. До прикладу, вирок Жовтневого районного суду м. Маріуполя Донецької області від 06 вересня 2013 року А.Л. засуджено за ч. 1 ст. 203² КК до штрафу у сумі 170 000 грн. Ухвалою Апеляційного суду Донецької області від 24 лютого 2014 року вирок

районного суду скасовано, а кримінальне провадження закрито у зв'язку із невстановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи в суді і відсутності будь-яких можливостей їх отримати. Скасовуючи ухвалу апеляційного суду з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції, суд касаційної інстанції зазначив, що відповідно до ч. 1 ст. 203² КК виконавцями цього злочину мають визнаватись особи, які виконують розпорядження організаторів азартних ігор, – круп'є, касири, продавці, оператори, менеджери гральних залів, інші наймані працівники (5-3073 км 14).

Таким чином, у тих випадках, коли особа, не будучи організатором грального бізнесу, усвідомлено бере участь у забезпеченні його (хоча б частковому) діяльності, здійснюючи функції адміністратора, менеджера, круп'є, касира тощо, то діяння такої особи містять склад злочину, передбаченого ст. 203² КК, оскільки з огляду на системний аналіз зазначеної норми КК та положень Закону зайняття гральним бізнесом, крім організації та проведення азартних ігор, передбачає таку дію, як надання можливості доступу до таких ігор.

2.3. У цілому необхідно зауважити, що результати аналізу судової практики засвідчили правильність підходу до кваліфікації діянь як таких, що охоплюються зайняттям грального бізнесу як у тих випадках коли певний заклад приховано створюється як гральний, у якому забезпечується доступ до участі у заборонених видах азартних ігор, так і у тих випадках коли доступ до участі до азартних ігор маскується під законну підприємницьку діяльність (наприклад, інтернет-клубів, що декларують винятково надання доступу до мережі Інтернет).

3. Призначення покарання за зайняття гральним бізнесом

Результати аналізу судової практики щодо призначення покарання за злочин, передбачений ст. 203² КК, засвідчили існування певних особливостей, які зумовлені, по-перше, зміною санкцій частин першої та частини другої статті 203² КК, у зв'язку з прийняттям Закону України від 15 листопада 2011 року № 4025–VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (Закон від 15 листопада 2011 року), по-друге, існуванням непоодиноких випадків недотримання судами першої та апеляційної інстанції вимог Загальної частини КК, які регламентують загальні засади призначення покарання.

3.1. Насамперед, це стосується застосування положень ст. 69 КК, яка визначає підстави для призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, а саме того, що за вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, суд з підстав, передбачених

цією частиною, може призначити основне покарання у виді штрафу, розмір якого не більше ніж на чверть нижчий від найнижчої межі, встановленої в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

Наведена законодавча вимога дотримується суддями не завжди, що призводить до призначення безпідставного м'якого покарання та, відповідно, зумовлює скасування судових рішень.

Так, ухвалою ВССУ було скасовано ухвалу Апеляційного суду Запорізької області від 19 грудня 2012 року, якою вироком Хортицького районного суду м. Запоріжжя від 20 вересня 2012 року засуджено Б за ч. 1 ст. 203² КК до покарання у виді штрафу у розмірі 170 000 грн. з конфіскацією грального обладнання, змінено: на підставі ст. 69 КК Б. знижено розмір основного покарання у виді штрафу до 85 000 грн.

Скасовуючи ухвалу апеляційного суду, ВССУ зазначив, що суд першої інстанції, обираючи засудженому вид та міру покарання, яке було б необхідним і достатнім для його виправлення, урахував тяжкість вчиненого злочину, дані про особу засудженого, який раніше до кримінальної відповідальності не притягувався, не працює, неодружений, за місцем проживання характеризується позитивно. Також суд урахував обставину, що пом'якшує відповідальність засудженого, якою визнав його щире каяття у вчиненому, крім того, поза увагою суду не залишилась відсутність обтяжуючих покарання обставин.

На підставі цих даних суд дійшов обґрунтованого висновку про можливість призначення засудженому мінімального покарання, передбаченого санкцією частини інкримінованої йому статті.

Разом із тим суд апеляційної інстанції, не встановивши будь-яких нових даних чи обставин, які б пом'якшували відповідальність засудженого, помилково зазначаючи, що вчинений злочин є злочином середньої тяжкості, у той час як відповідно до ст. 12 КК злочин, передбачений ч. 1 ст. 203² КК належить до тяжких, застосував положення ст. 69 КК та пом'якшив засудженому покарання, вдвічі зменшивши розмір штрафу.

Однак з урахуванням мети покарання, положень ст. 69 КК та встановленої сукупності обставин, що впливає на визначення розміру покарання засудженому, підстав для призначення Б. більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, немає.

Крім того, суд апеляційної інстанції, зменшивши розмір штрафу до 85 000 грн, порушив правила визначення розміру основного покарання у виді штрафу, передбачені ст. 69 КК.

Отже, суд апеляційної інстанції неправильно застосував кримінальний закон, тому його рішення є незаконним і підлягає скасуванню.

Аналогічне порушення стало підставою для скасування вироку Ленінського районного суду м. Дніпропетровська від 10 вересня 2012 року, яким обвинувачену Р. визнано винною за ч. 1 ст. 203² КК та призначено покарання із застосуванням ст. 69 КК у виді штрафу в сумі 10 000 грн з конфіскацією 14 гральних автоматів та 16 ключів до них.

Зазначений вирок в апеляційному порядку не переглядався, проте був скасований ВССУ з підстав неправильного застосування закону України про кримінальну відповідальність, зокрема порушення вимог ст. 69 КК з огляду на призначене покарання у виді штрафу в розмірі 10 000 грн, тоді як мінімально можливе покарання із застосуванням ст. 69 КК у цьому випадку може становити 7 500 неоподаткованих видів доходів громадян, тобто 127 500 грн.

Керуючись наведеним, судам слід враховувати за наявності підстав до застосування ст. 69 КК необхідно враховувати законодавчо встановлені межі зменшення покарання у виді штрафу. Так, наприклад, вироком Амур-Нижньодніпровського районного суду м. Дніпропетровська від 13 листопада 2013 року В.Б. засуджено за ч. 1 ст. 203² КК та призначено покарання із застосуванням положень ст. 69 КК у розмірі 130 000 грн., що відповідає вимогам ст. 69 КК. При цьому, призначаючи В.Б. покарання, суд врахував ступінь тяжкості вчиненого злочину, пом'якшуючу його вину обставину – щире каяття та сприяння розкриттю злочину, нетривалий час зайняття злочинною діяльністю; дані про особу засудженого, який вчинив злочин вперше, позитивну характеристику, молодий вік.

3.2. Також у контексті належної реалізації загальних засад призначення покарання в межах санкції статті КК суддям необхідно дотримуватись вимог п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, відповідно до якої суд призначає покарання, зокрема з урахуванням обставин, що пом'якшують покарання. Неналежне виконання наведеної вимоги стало підставою для зміни вироку судом касаційної інстанції.

Так, вироком Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 25 грудня 2012 року П. засуджено за ч. 1 ст. 203² КК до покарання у виді штрафу в дохід держави в сумі 680 000 грн з конфіскацією грального обладнання. Ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області від 4 квітня 2013 року вирок залишено без зміни.

Згідно з ухвалою колегії суддів ВССУ від 30 січня 2014 року, призначаючи покарання П., суд не повною мірою дотримався вимог ст. 65 КК, відповідно до яких суд призначає покарання враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Відповідно до вироку при призначенні засудженому покарання як на обставини, що його пом'якшують, суд послався на позитивну характеристику П. та відсутність судимостей, однак не мотивував своє рішення щодо призначення максимального покарання, передбаченого санкцією ч. 1 ст. 203² КК, що, на думку колегії суддів ВССУ, вплинуло на призначення судом першої інстанції покарання, яке не відповідає ступеню тяжкості вчиненого злочину та особі засудженого внаслідок суворості.

3.3. Згідно з інформацією, наданою Апеляційним судом Дніпропетровської області, у судовій практиці мали місце випадки

неналежного виконання вимог статей, які визначають особливості призначення покарання за сукупністю злочинів та за сукупністю вироків.

Зокрема, суди першої інстанції в деяких випадках не врахували, що злочин, передбачений ст. 203² КК, було вчинено у період відбування покарання з випробуванням та, відповідно, не було дотримано вимог ч. 3 ст. 78 КК, яка вимагає у таких випадках дотримання положень ст. ст. 71 та 72 КК.

Так, вироком Покровського районного суду Дніпропетровської області від 23 квітня 2013 року, Г. засуджено за злочин, передбачений ч. 1 ст. 203² КК, який він вчинив в період з 15 лютого 2013 року до 02 березня 2013 року. При цьому вироком суду встановлено, що обвинувачений Г., будучи раніше неодноразово засудженим, останній раз 03 жовтня 2012 року. Васильківським районним судом Дніпропетровської області за ч. 2 ст. 263, до покарання у вигляді 2 років обмеження волі, на підставі ст. ст. 75, 76 КК звільнений від відбування покарання з іспитовим терміном 1 рік, певних висновків для себе не зробив, на шлях виправлення не став та в період іспитового терміну знову вчинив умисний злочин.

3.4. У ході проведення аналізу встановлені окремі випадки неправильного застосування судами ч. 1 ст. 70 КК.

Так, Вироком Краснолуцького міського суду Луганської області від 06 березня 2013 року засуджено Ф. за: ч. 1 ст. 203² КК – до покарання у виді штрафу в розмірі 10 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що складає 170 000 грн, з конфіскацією грального обладнання; за ч. 2 ст. 240 КК – до покарання у виді обмеження волі на строк 3 роки; за ч. 1 ст. 263 КК – до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки.

На підставі ст. 70 КК за сукупністю злочинів шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим остаточно визначено засудженому Ф. покарання у виді 4 років позбавлення волі і штрафу в розмірі 10 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 170 000 грн. з конфіскацією грального обладнання.

Під час перегляду судом касаційної інстанції було вказано на неправильне застосування ч. 1 ст. 70 КК і, відповідно, призначення Ф. покарання у виді 4 років позбавлення волі і штрафу, тоді як за зазначеним принципом мало б бути покарання лише у виді 4 років позбавлення волі.

Тобто суд при призначенні остаточного покарання порушив правила ч. 1 ст. 70 КК.

В апеляційному порядку вирок щодо Ф. не переглядався.

3.5. Також необхідно звернути увагу на те, що обов'язковим додатковим покаранням, передбаченим за зайняття гральним бізнесом, є конфіскація грального обладнання.

Слід зауважити, що в законодавстві відсутнє визначення терміна «гральне обладнання». До такого обладнання найчастіше зараховують гральні автомати, комп'ютерні симулятори, лотерейні термінали, столи та

фішки для гри в покер, рулетку тощо. Однак належність певного обладнання до грального в кожному конкретному кримінальному провадженні обов'язково має встановлюватися на підставі висновку експерта в результаті проведення комп'ютерно-технічної експертизи.

Що стосується застосування конфіскації грального обладнання до осіб, які вчинили злочин, передбачений ст. 203² КК, до набрання чинності Закону від 15 листопада 2011 року, санкція якої не передбачала додаткового покарання у виді конфіскації грального обладнання, то слід керуватися вимогами ч. 3 ст. 5 КК, згідно з якою закон про кримінальну відповідальність, що частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, або частково посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, має зворотню дію у часі лише у тій частині, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

Таким чином, незважаючи на те, що максимальний розмір основного покарання санкції ст. 203² КК у редакції Закону від 15 листопада 2011 року є меншим від санкції цієї ж статті попередньої редакції, нова редакція посилює кримінальну відповідальність у частині призначеного додаткового покарання – конфіскації грального обладнання.

Однак результати аналізу судової практики засвідчили існування випадків неналежного застосування положень про дію закону про кримінальну відповідальність у часі при призначенні покарання за зайняття гральним бізнесом.

Так, вироком Галицького районного суду Івано-Франківської області від 17 вересня 2013 року Т. засуджено за ч. 1 ст. 203² КК до покарання у виді штрафу в розмірі 170 000 грн з конфіскацією грального обладнання за те, що він протягом вересня – початку листопада 2011 року в орендованому приміщенні в місті Бурштин, Галицького району організував більярдний клуб і провів мережу Інтернет, де за допомогою 16 комп'ютерів та комп'ютера адміністратора надавав громадянам послуги у сфері грального бізнесу за готівку, за що отримував прибуток від виду діяльності, який заборонений державою.

Ухвалою Апеляційного суду Івано-Франківської області від 05 лютого 2014 року цей вирок Галицького районного суду уточнено, зазначено у мотивувальній та резолютивній частині вироку застосування ч. 1 ст. 203² КК у редакції Закону від 15 листопада 2011 року.

Засуджений Т., не погодившись із вироком Галицького районного суду Івано-Франківської області та ухвалою апеляційного суду Івано-Франківської області подав касаційну скаргу, в якій зазначив, що суди першої та апеляційної інстанції безпідставно застосували до нього додаткове покарання у виді конфіскації грального обладнання, оскільки інкримінований йому злочин він скоїв до набрання чинності Закону від 15 листопада 2011 року.

ВССУ в ухвалі від 28 серпня 2014 року, погодившись із доводами касаційної скарги, зазначив, що засуджений Т. скоїв злочини, які правильно

кваліфіковано судом за ч. 1 ст. 203² КК, в період часу до 14 листопада 2011 року.

На той момент діяла редакція ч. 1 ст. 203² КК від 22 грудня 2010 року, санкція якої не передбачала додаткового покарання у виді конфіскації грального обладнання, і суд першої інстанції призначив засудженому додаткове покарання всупереч ч. 3 ст. 5 КК, що є неприпустимим.

Вирок Галицького районного суду від 17 вересня 2013 року та ухвалу Апеляційного суду Івано-Франківської області від 05 лютого 2014 року щодо Т. у частині призначеного йому покарання змінено. Вважати Т. засудженим за ч. 1 ст. 203² КК в редакції від 22 грудня 2010 року до призначеного судом покарання у виді штрафу в розмірі 10 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 170 000 грн, без конфіскації грального обладнання. У решті вирок суду першої інстанції та ухвалу апеляційного суду залишено без змін.

Також необхідно враховувати, що покарання у виді конфіскації грального обладнання має призначатись незалежно від того, чи є воно власністю обвинуваченого.

Так, ухвалою ВССУ було залишено без змін вирок Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 13 серпня 2012 року, яким З. засуджено за ч. 1 ст. 203² КК до покарання у виді штрафу в розмірі 30 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 510 000 грн, з конфіскацією грального обладнання.

Ухвалою Апеляційного суду Київської області від 07 листопада 2012 року зазначений вирок залишено без змін.

У касаційній скарзі засуджений З., посилаючись на істотне порушення кримінально-процесуального закону та неправильне застосування кримінального, порушує питання про зміну судових рішень у частині застосування додаткового покарання – конфіскації грального обладнання та просить не призначати йому такого покарання. Мотивує тим, що знаряддя злочину – гральне обладнання не належало йому, оскільки було орендованим, а тому підлягає поверненню законному володільцю.

В ухвалі ВССУ зазначено, що посилання засудженого у касаційній скарзі на неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність, що виразилось у конфіскації грального обладнання, яке не належить йому на праві власності, є непереколивим, керуючись таким.

Санкцією ч. 1 ст. 203² КК передбачене покарання у виді штрафу з конфіскацією грального обладнання, тобто, крім основного покарання у виді штрафу, передбачена спеціальна конфіскація, що полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави засобів чи знарядь злочину незалежно від того, кому такі засоби й знаряддя належать на праві власності.

3.6. Разом із тим у судовій практиці існують проблемні питання, які пов'язані не тільки з розглядом кримінального провадження, а й з виконанням вироку в частині конфіскації грального обладнання.

Так, під час виконання вироків до місцевих судів звертаються відділи державної виконавчої служби з питань визнання виконавчого документа про конфіскацію гральних автоматів та рулеток таким, що не підлягає виконанню з тих підстав, що майно, на яке необхідно звернути стягнення, не може бути використано за своїм функціональним призначенням.

Виникнення зазначених питань у практиці пов'язано із тим, що примусове виконання виконавчого листа вказаної категорії регулюється ст. 62 Закону України «Про виконавче провадження», якою визначено, що реалізація майна, яке підлягає конфіскації на користь держави, здійснюється в порядку, визначеному цим Законом, за умови, якщо таке майно підлягає реалізації, що визначено у п. 4.6 Інструкції з організації примусового виконання рішень. У свою чергу, майно, на яке необхідно звернути стягнення, згідно з положеннями Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» (у цьому випадку гральні автомати, рулетки) не може бути використано за своїм функціональним призначенням.

Отже, вирішити питання щодо конфіскації грального обладнання згідно із вимогами Порядку розпорядження майном, конфіскованим за рішенням суду і переданим органам державної виконавчої служби, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11 липня 2002 року № 985, не можливо, оскільки ним визначено процедуру розпорядження лише нереалізованого майна, яке підлягає конфіскації на користь держави за вироком суду (майна, яке пройшло процедуру реалізації та не було реалізовано у зв'язку з відсутністю купівельного попиту).

Таким чином, гральне обладнання відповідно до вимог чинного законодавства не може бути реалізоване державним виконавцем з огляду на заборону грального бізнесу в Україні. Зазначене питання має бути вирішено шляхом внесення відповідних змін до законодавства.

Також у судовій практиці траплялися випадки необґрунтованого застосування звільнення від кримінальної відповідальності осіб, що обвинувачувались у вчиненні злочину, передбаченого ст. 203² КК. Так, колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ за результатами касаційного розгляду скасувала постанову Ленінського районного суду м. Дніпропетровська від 28 вересня 2012 року щодо Р.Ю., а справу направила на новий судовий розгляд. Згідно із зазначеної постанови Р.Ю. звільнено від кримінальної відповідальності за скоєння злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК, а кримінальну справу щодо неї закрито у зв'язку зі зміною обстановки. Суд першої інстанції дійшов висновку, що Р.Ю. вперше вчинила злочин, який не є тяжким, вину визнала повністю, розкаялась у вчиненому, характеризується позитивно, має на утриманні трьох малолітніх дітей та на цей час припинила займатися гральним бізнесом, тому закрити кримінальну справу щодо неї на підставі ст. 48 КК і звільнив Р.Ю. від кримінальної відповідальності.

Проте відповідно до вимог ст. 48 КК підставами звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки є вчинення цією особою вперше злочину невеликої або середньої тяжкості (злочином

невеликої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад 3 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, злочином середньої тяжкості є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше 10 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше п'яти років), якщо буде визнано, що на час розгляду справи в суді внаслідок зміни обстановки вчинене нею діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною. У цій справі суд першої інстанції, встановивши у судовому засіданні винність Р.Ю. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК, не врахував того, що вчинений нею злочин відповідно до ст. 12 КК, належить до категорії особливо тяжких, і звільнив Р.Ю. від кримінальної відповідальності внаслідок зміни обстановки, таким чином неправильно застосувавши кримінальний закон (5-689км13).

4. Стан дотримання вимог процесуального законодавства під час розгляду кримінальних проваджень стосовно злочину, передбаченого ст. 203² КК

4.1. Аналіз відомостей, наданих апеляційними судами, свідчить про існування проблеми належного дотримання процесуальних вимог ч. 1 ст. 52 КПК щодо обов'язкової участі захисника у кримінальних провадженнях щодо особливо тяжких злочинів.

Враховуючи вид і розмір покарання, передбаченого за зайняття гральним бізнесом (штраф від 10 000 до 40 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), та положення ч. 5 ст. 12 КК, згідно з якою особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад 25 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад 10 років або довічного позбавлення волі, участь захисника у кримінальних провадженнях щодо зайняття гральним бізнесом є обов'язковою.

У контексті підтвердження наявності випадків неврахування наведених законодавчих вимог необхідно навести вирок Амур-Нижньодніпровського районного суду м. Дніпропетровська від 20 грудня 2013 року. Згідно із яким М. засуджено за ч. 1 ст. 203², ч. 4 ст. 70, ст. 71 КК до остаточного покарання у виді позбавлення волі строком на 1 рік 10 місяців та 28 днів і штрафу у сумі 580 000 грн з конфіскацією грального обладнання.

Скасовуючи вирок місцевого суду, Апеляційний суд Дніпропетровської області в ухвалі від 04 червня 2014 року зазначив, що суд першої інстанції, грубо порушуючи процесуальне законодавство, не переконався у необхідності участі у провадженні захисника, перед початком розгляду провадження відібрав у обвинуваченого М. розписки про визнання вини та відмову

обвинуваченого від послуг захисника, що не пов'язано з матеріальним становищем, розглянув кримінальне провадження та постановив вирок відносно обвинуваченого.

При цьому судом не взято до уваги, що дії М. кваліфіковані за ч. 1 ст. 203² КК, санкція якої передбачає штраф від 10 000 до 40 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та відповідно до ст. 12 КК належить до особливо тяжких злочинів, що, у свою чергу, відповідно до процесуального законодавства потребує обов'язкової участі у провадженні захисника, незалежно від згоди обвинуваченого або його бажання захищатися самому.

Таким чином, суд допустив істотне порушення кримінального процесуального закону, що є підставою для скасування вироку та призначення нового розгляду у суді першої інстанції, згідно із вимогами п. 4 ч. 2 ст. 412, ст. 415 КПК.

4.2. Поширеною причиною скасування судових рішень в аналізованих кримінальних провадженнях була неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам провадження, неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність.

Так, вироком Звенигородського районного суду Черкаської області від 17 березня 2014 року визнано винною С. у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 27, ч. 1 ст. 203² КК, та призначено покарання із застосуванням ч. 1 ст. 69 КК – штраф у розмірі 127 500 грн з конфіскацією грального обладнання.

Цим вироком виправдано К. у пред'явленому йому органом досудового розслідування обвинуваченні за ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 203² КК, за відсутністю в його діях складу злочину.

10 жовтня 2014 року ухвалою Апеляційного суду Черкаської області зазначений вирок районного суду скасовано, а матеріали кримінального провадження направлено в суд першої інстанції для провадження судового розгляду.

Підставою для скасування рішення суду першої інстанції стало істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам провадження, неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність.

Зокрема, суд першої інстанції в судовому засіданні не з'ясував причини зміни обвинуваченим К. та свідками Х., Б. та Б. своїх показань, а у вироку не зазначив, чому суд бере до уваги одні показання і відкидає інші, не усунув суперечності в показаннях та не надав цьому факту правової оцінки.

Таким чином, під час ухвалення виправдувального вироку стосовно К. районний суд в достатній мірі не перевірів докази обвинувачення, що призвело до неповноти судового розгляду та невідповідності висновків суду

фактичним обставинам кримінального провадження, а при постановленні обвинувального вироку стосовно С. суд допустив неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність.

4.3. Особливої уваги заслуговує питання наявності правових підстав для затвердження судом угоди про визнання винуватості у кримінальних провадженнях щодо зайняття гральним бізнесом. Як зазначалось вище, аналізований злочин належить до категорії особливо тяжких, а тому з огляду на положення ч. 4 ст. 469 КПК угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим не може бути укладена у таких кримінальних провадженнях.

Всупереч наведеним процесуальним вимогам обвинувальним вироком Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 04 грудня 2013 року затверджено укладену прокурором та підозрюваною Л. угоду про визнання винуватості.

Висновки

1. Особливість застосування статті 203² КК полягає у тому, що для належного з'ясування змісту її ознак, судам необхідно керуватись спеціальним нормативно-правовим актом – Законом України «Про заборону грального бізнесу в Україні», у нормах якого містяться визначення понять «гральний бізнес», «азартна гра», «організатор азартних ігор», «організація і проведення азартних ігор», «учасник азартної гри», закріплено перелік дій, які не відносяться до азартних ігор, тобто понять, які мають істотне значення для вирішення питання про наявність у діях особи ознак складу злочину, а отже, про наявність підстав для кримінальної відповідальності.

Враховуючи системний аналіз статей зазначеного Закону, а також визначення поняття «гральний бізнес» як діяльності, пов'язаної з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, а також гральних автоматах, комп'ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах, в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера, об'єктивна сторона злочину, відповідальність за який встановлена статтею 203² КК, може полягати у вчиненні принаймні одного із таких трьох діянь: 1) організації азартних ігор; 2) їх проведенні; 3) наданні можливості доступу до таких ігор.

2. Системний аналіз положень ст. 203² КК та Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» свідчить, що суб'єктами даного злочину можуть бути як суб'єкти підприємницької чи господарської діяльності, так і інші особи, які фактично виступають в ролі організаторів, але при цьому не зареєстровані як суб'єкти підприємницької чи іншої господарської діяльності. Кваліфікація діянь цих осіб за ст. 203² КК

здійснюється за ознакою організації і проведення азартних ігор, а саме, створення умов для здійснення азартних ігор та видачі виграшів (призів) учасникам азартних ігор.

3. У контексті вирішення питання про забезпечення належної кримінально-правової оцінки діянь, осіб, які не були організаторами грального бізнесу, однак брали участь у забезпеченні його діяльності (касири, оператори, круп'є, менеджери гральних залів, продавці, охоронці) судам необхідно приділяти особливу увагу дослідженню ознак суб'єктивної сторони конкретного діяння. Насамперед, це стосується усвідомлення винною особи її участі у зайнятті забороненим видом господарської діяльності. Таким чином, різними мають бути правові наслідки діяння особи, яка здійснює функції касира, усвідомлюючи при цьому, що вона бере участь у забезпеченні здійснення забороненого виду грального бізнесу та особи, яка не усвідомлювала і не могла усвідомлювати відповідної обставини.

4. Усвідомлення участі у забезпеченні здійснення забороненого виду грального бізнесу може мати місце, зокрема, у тих випадках, коли особи фактично не здійснюють організації грального бізнесу, однак при цьому у складі організованої групи здійснюють функції, які забезпечують проведення азартних ігор. Судам слід враховувати, що у тих випадках, коли особа, не будучи організатором грального бізнесу, усвідомлено бере участь у забезпеченні (хоча б частковому) його діяльності, здійснюючи функції адміністратора, менеджера, круп'є, касира тощо, то діяння такої особи містять склад злочину, передбаченого ст. 203² КК та має оцінюватись як надання можливості доступу до азартних ігор.

5. Конфіскація грального обладнання є обов'язковим додатковим покаранням, передбаченим за зайняття гральним бізнесом, яке має призначатись незалежно від того, чи є воно власністю обвинуваченого.

Аналіз судової практики обговорено та затверджено суддями судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (протокол № 21 від 18 листопада 2015 року) із рекомендацією надіслати апеляційним судам для врахування в роботі та доведення до відома суддів місцевих судів.