

Криштафович Орест Ярославович – здобувач
Науково-дослідного інституту публічного права
м. Київ, Україна
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-2039-9695>
orest911@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2024.1-2/222-234>

Обставини, які підлягають доказуванню стороною захисту в кримінальному провадженні за ст. 203–2 КК України

З 2009 по 2020 рік, коли гральний бізнес був заборонений, довести його незаконність було легко, оскільки вся діяльність автоматично вважалася незаконною. Після легалізації у 2021 році з'явилися ліцензовані організатори азартних ігор, а ст. 203–2 КК України змінилася: кримінальну відповідальність тепер передбачено лише за діяльність без ліцензії. Через зміну диспозиції статті і складу злочину змінилось і коло обставин, які підлягають доказуванню в кримінальних провадженнях щодо незаконного грального бізнесу як стороною обвинувачення так і стороною захисту. Статистика свідчить про ефективну роботу сторони захисту, адже менше 10% кримінальних проваджень зі стадії досудового розслідування переходять на стадію судового розгляду, що може свідчити про використання цих кримінальних проваджень для тиску на бізнес, тому дуже важливо, щоб захисник мав чітке уявлення про коло обставин, яке підлягає доказуванню стороною захисту. **Метою статті** є встановлення обставин, які підлягають доказуванню стороною захисту в кримінальному провадженні за ст. 203–2 КК України. Автор робить висновок, що обставини, які підлягають доказуванню стороною захисту в кримінальному провадженні про незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор залежать від обраної лінії захисту прав підозрюваного, зокрема, повне спростування чи ослаблення підозри. Завдання захисту полягає в тому, щоб забезпечити підзахисному найбільш прийнятний і позитивний результат в конкретному кримінальному провадженні – визнання підзахисного невинуватим (виправдання), «применшення» винуватості або зменшення покарання (пом'якшення відповідальності), звільнення від кримінальної відповідальності чи показання (виключення відповідальності). Тому захисник має отримати та подати докази, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність клієнта або ж спростувати докази сторони обвинувачення.

Ключові слова: гральний бізнес, азартна гра, тактика захисту, захисник, доказування, предмет доказування, обставини, які підлягають доказуванню, досудове розслідування.

Вступ

З 2009 по 2020 рік допоки діяла заборона грального бізнесу стороні обвинувачення було дуже легко доводити незаконне зайняття гральним бізнесом, адже вся ця діяльність була заборонена, а отже будь-який гральний заклад незаконним. Після легалізації грального бізнесу та видачі перших ліцензій з 2021 року в Україні

запрацювали легальні організатори азартних ігор. Суттєвих змін зазнала і диспозиція ст. 203–2 КК України, адже кримінально караною стала фактично лише безліцензійна діяльність: організація або проведення азартних ігор без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор. Оскільки змінився склад зло-

чину як кримінально-правова категорія, зазнали змін і такі категорії кримінального процесу та криміналістики як обставини, які підлягають доказуванню (встановленню) в кримінальному провадженні про незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор.

Лотереї не є азартними іграми згідно законодавства України, а тому предмет доказування випуску чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей суттєво відрізняється, виходить за межі цієї наукової статті і буде перспективним напрямом наукових досліджень у майбутньому.

Як свідчать статистичні дані за 2021–2022 роки менше 10% кримінальних проваджень зі стадії досудового розслідування переходять на стадію судового розгляду (Криштафович, 2023, с. 247), а отже сторона захисту успішно працює ще на стадії досудового розслідування. За 2023 рік в провадженні органів досудового розслідування було 164 справи за ст. 203–2 КК України, у 25 справах повідомлено про підозру, а 17 передано до суду з обвинувальним актом (Звіт, 2023), тобто тенденція зберігається і лише 10% проваджень за ст. 203–2 КК України доходять до стадії судового розгляду.

Такі статистичні дані можуть свідчити про те, що кримінальні провадження стороною обвинувачення розпочинаються у випадках, коли для цього немає підстав, а кримінальне провадження використовується як інструмент тиску на бізнес.

При цьому, якщо питання розслідування, доказування та забезпечення сторони обвинувачення науковими рекомендаціями щодо протидії цим злочинам у науці детально розглядались, то питання організації і тактики захисту, організації адвокатського розслідування в цій категорії кримінальних проваджень залишаються недослідженими. При цьому знання обставин, які підлягають доказуванню стороною захисту в кримінальному провадженні про незаконну діяльність з організації або проведення

азартних ігор є дуже важливим для організації і планування захисту в кожному кримінальному провадженні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Українські науковці здебільшого вивчали питання боротьби з нелегальним гральним бізнесом та особливості розслідування таких злочинів з точки зору обвинувачення. Зокрема, Петричко Н.О. досліджувала кримінально-правові та кримінологічні аспекти незаконних азартних ігор (2010), Савченко А.В. аналізував кваліфікацію цих правопорушень у кримінальному праві (2010, с. 40), а Рябчук С.В. (2018) зосередився на кримінологічних характеристиках та методах запобігання нелегальному гральному бізнесу, а Макаренко В.С. (2019, с. 77) розглядала питання соціальної небезпеки незаконного грального бізнесу. Вознюк А.А. та Пиняга Р.О. (2012, с. 96) розглядали питання протидії злочинам, які пов'язані з нелегальним гральним бізнесом.

Окрему увагу питанням оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної протидії і організації розслідування незаконного зайняття гральним бізнесом приділили Погорецький М.А. та Топорецька З. М (2013, с. 215; 2014, с. 34; 2015, с. 226). Але їх роботи засновані на редакції статті 203–2 КК України, яка існувала в період заборони грального бізнесу і зазнала суттєвих змін в 2020 році. Питання дослідження обставин, які підлягають доказуванню стороною захисту в кримінальному провадженні незаконної організації чи проведення азартних ігор залишаються недослідженими.

Мета і завдання дослідження

Метою статті є встановлення обставин, які підлягають доказуванню стороною захисту в кримінальному провадженні за ст. 203–2 КК України.

Для досягнення визначеної мети поставлено такі завдання:

Визначити загальний предмет доказування в кримінальних провадженнях за ст. 203–2 КК України;

Встановити завдання сторони захисту в доказуванні в кримінальному провадженні за ст. 203–2 КК України;

Виокремити та охарактеризувати зі сторони захисту кожну з обставин, які підлягають доказуванню в кримінальному провадженні за ст. 203–2 КК України.

Матеріали та методи

Для досягнення поставленої мети дослідження та з урахуванням предмету і завдань дослідження автором застосовано спеціальні юридичні методи наукового пізнання. Догматичний або юридико-технічний метод використовувався для вивчення та тлумачення норм КПК України та КК України, якими визначено предмет доказування, диспозицію ст. 203–2 КК України, а також підстави для винесення виправдувального вироку, пом'якшення кримінальної відповідальності чи покарання або звільнення від кримінальної відповідальності та покарання. Системно-структурний метод використовувався для виокремлення комплексу обставин, які підлягають доказуванню в кримінальному провадженні за ст. 203–2 КК України, пошуку їх взаємозв'язку. Структурно-функціональний метод застосовувався автором для дослідження матеріалів практики та визначення ефективності окремих тактичних прийомів захисту та обраної захистом лінії захисту. Метод узагальнення застосовувався автором для формування висновків наукового дослідження.

Виклад основного матеріалу

Якщо донедавна всі наукові дослідження щодо розслідування кримінальних правопорушень зводились до організації та тактики розслідування стороною обвинувачення, то в останні роки все більше уваги приділяють питанням адвокатських розслідувань, організації і тактики захисту (Погорецький, Сергеева, 2016, с. 113) та важливості залучення захисника до кримінального процесу.

Злочин, передбачений ст. 203–2 КК України відноситься до особливо тяжких злочинів згідно ч. 6 ст. 12 КК України,

адже за його вчинення передбачено покарання у виді штрафу від десяти тисяч до сорока тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (Кримінальний кодекс, 2001), що значно розширює процесуальні можливості сторони обвинувачення не лише щодо отримання доказів, але й щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження і запобіжних заходів щодо підозрюваного. Так, сторона обвинувачення отримує право на проведення всього арсеналу негласних слідчих (розшукових) дій (НСРД) та застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а також щодо застосування слідчих (розшукових) дій (РСД) примусового характеру, таких як, обшук, тимчасовий доступ до речей та документів, арешт майна. Як справедливо зазначає Погорецький М. А., якщо до вступу захисника в справу тільки від слідчого залежить вибір розслідування, висування версій, то після його вступу положення міняється і не можна не враховувати активний вплив захисника на хід досудового розслідування і тим самим зміню характер розслідування, оскільки до зусиль слідчого по збиранню, перевірці та оцінці доказів приєднуються зусилля захисника (Погорецький, 2002, с. 27; 2014, с. 480).

Навпаки, як свідчить аналіз наведених правових приписів, захист, як особлива процесуальна функція, складова частина процесуальної діяльності обвинуваченого та захисника, законодавчо запрограмована, і запрограмована саме на те, щоб спростувати чи ослабити обвинувачення (підозру). Захисник своєю доказовою діяльністю зобов'язаний сприяти підозрюваному (обвинуваченому) в здійсненні його прав і в захисті його законних інтересів (Попелюшко, 2005, с. 97).

Захисник є стороною захисту та одночасно суб'єктом доказування (Старенький, 2014, с. 220) у кримінальному процесі (Погорецький, 2002, с. 27). Дуже важливою є професійна і своєчасна робота захисника по мінімізації для підозрю-

ваного можливих негативних наслідків. Тому необхідно передусім встановити, що входить в предмет доказування цієї категорії кримінальних проваджень, та яка роль захисника в доказуванні цих обставин.

Завдання захисту завжди полягає в тому, щоб забезпечити підзахисному найбільш прийнятний і позитивний результат в конкретному кримінальному провадженні – визнання підзахисного невинуватим (виправдання), «применшення» винуватості або зменшення покарання (пом'якшення відповідальності), звільнення від кримінальної відповідальності чи показання (виключення відповідальності).

Як слушно зазначають Сергєєва Д.Б. та Лисак О.М. (2020, с. 61) мета захисту у кримінальному провадженні – це повне або часткове спростування підозри, обвинувачення, реабілітація невинного, пом'якшення відповідальності та покарання, охорона прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого і виправданого. Тому захисник має зібрати докази, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність клієнта (Старенький, 2016, с. 58).

Ст. 91 КПК України наводить загальний перелік обставин, які входять до предмета доказування будь-якого кримінального провадження (Кримінальний процесуальний кодекс, 2012). Основні з них це перші п'ять. Пропонуємо кожному з них розглянути з точки зору захисту, адже предмет доказування сторони обвинувачення одночасно і є предметом доказування (спростування) сторони захисту, але з протилежною метою.

Подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення).

Спростування підозри чи обвинувачення якраз і вдається реалізувати, якщо довести, що подія або склад кримінального правопорушення в діях підозрюваного (обвинуваченого) були відсутні.

Кримінальне провадження закривається на стадії досудового розслідування або в суді виноситься виправдувальний вирок якщо встановлена відсутність події кримінального правопорушення або встановлена відсутність в діянні складу кримінального правопорушення.

Подія кримінального правопорушення може включати такі елементи:

1) що становить зміст підозри у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203–2 КК України – в якій формі, на обґрунтовану підозру сторони обвинувачення, вчинено кримінальне правопорушення: організація або проведення азартних ігор без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону або організація чи функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор, які проводяться в мережі Інтернет. Залежно від цієї інформації захисник може будувати лінію захисту, адже межа між різними азартними іграми дуже тонка і встановити точно, який вид азартних ігор проводився (якщо факт мав місце) дуже складно. Тут передусім сторона обвинувачення має вказати всі ознаки грального бізнесу, а сторона захисту спростувати їх наявність, про важливість цього питання для розслідування вже наголошували вітчизняні науковці (Топорецька, 2012а, с. 515).

2) який спосіб вчинення цього кримінального правопорушення, у якому підозрюється особа. Тут слід звернути увагу, що може мати місце взагалі безліцензійна діяльність, «повністю» незаконна – коли особа підозрюється у тому, що вона організувала та проводить азартні ігри в нелегальному гральному закладі взагалі без ліцензії. Можлива ситуація, що особі інкримінують проведення азартних ігор, які не охоплюються ліцензією, наприклад, маючи ліцензію на покер чи букмекерську діяльність, особа проводить ігри в карти, які проводяться в казино – «частково» незаконна. Також третій спосіб вчинення цього кримі-

нального правопорушення – організація закладу, в якому надається доступ до азартних ігор онлайн (легальних чи нелегальних значення немає).

Якщо мова йде про «частково» незаконну діяльність, а саме проведення азартних ігор, на які не було отримано ліцензії, то в цілому на це приміщення мала бути надана ліцензія на інший вид діяльності. Розмежувати види азартних ігор сьогодні дуже складно, а в цілях доказування «частково» незаконної діяльності практично неможливо. Наприклад, Топорецька З.М. вказувала неодноразово на відмінності між лотереями та азартними іграми (Топорецька, 2019, с. 127), але в цілях доказування ст. 203–2 КК України, на нашу думку, неможливо буде довести факти проведення азартних ігор операторами лотерей, особливо в мережі Інтернет.

У рамках встановлення способу вчинення кримінального правопорушення сторона захисту має акцентувати увагу на тому, чи встановлювала сторона обвинувачення всі ознаки азартних ігор і чи дійсно доведено, що мав місце гральний бізнес, адже наразі немає експертизи, яка може це підтвердити чи спростувати. В кримінальних провадженнях цієї категорії призначають комп'ютерно-технічні або товарознавчі експертизи, проте, враховуючи перелік завдань і орієнтованих питань, які ставляться експерту, напевно чи можна стверджувати, що ці експертизи дозволяють встановити факти проведення азартних ігор чи належності обладнання до грального. Також виникає питання з кваліфікацією експерта для відповіді на такі питання.

Зокрема, у кримінальному провадженні № 42019041500000077 від 14.08.2019 р. чітко вказано, що: *«Питання «чи містяться в пам'яті наданих на дослідження системних блоках програми, які імітують гру типу відео-слотів на зразок слот-машин» не вирішувалось, у зв'язку з тим, що воно виходить за межі компетенції експерта з комп'ютерно-технічних досліджень. Питання «чи містяться на носіях інформації на-*

даних на дослідження системних блоках будь-яке програмне забезпечення, яке дозволяє вносити оплату за участь у грі?» не вирішувалось, у зв'язку з тим, що воно виходить за межі компетенції експерта з комп'ютерно-технічних досліджень. Питання «чи є дані системні блоки гральними автоматами, та чи можливо здійснювати на них азартні ігри?» не вирішувалось, у зв'язку з тим, що воно виходить за межі компетенції експерта з комп'ютерно-технічних досліджень. Питання «чи можливо здійснювати на вказаних системних блоках гру на гральному автоматі, комп'ютерному стимуляторі, у букмекерській конторі, в інтерактивному закладі чи електронному казино?» не вирішувалось, у зв'язку з тим, що воно виходить за межі компетенції експерта з комп'ютерно-технічних досліджень» Також експерт чітко вказав, що питання, чи в справному стані знаходились системні блоки до комп'ютера не вирішувалось (Вирок Петриківського районного суду, 2024). Суд всеодно виніс обвинувальний вирок, хоча підсудна не визнала свою винуватість. Вважаємо, що в цьому випадку сторона захисту погано спланувала захист і взагалі не спростовувала твердження сторони обвинувачення.

3) яка тривалість незаконної діяльності, в якій підозрюється особа. Це питання є важливим для розуміння, чи правильно застосовано норму ст. 203–2 КК України, адже в 2020 році мала місце часткова декриміналізація діянь у зв'язку зі зміною диспозиції статті, а отже і складу кримінального правопорушення. Тому це питання впливає на встановлення наявності складу кримінального правопорушення.

Якщо ж особа підозрюється в події, яка трапилась після внесення змін до ст. 203–2 КК України, то необхідно співвідносити новий склад злочину з тими обставинами, в яких особа підозрюється. Тут захист повинен також встановити, чи мав підозрюваний можливість стільки часу здійснювати

діяльність, в якій він підозрюється (захист може надати докази, де підозрюваний працював на повний день, можливо виїздив за кордон, лікувався тощо), що спростовує підозру про тривалість незаконної діяльності.

На це звернув увагу і Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду зазначивши, що *«у кожному кримінальному провадженні за обвинуваченням особи в зайнятті гральним бізнесом до 13 серпня 2020 року суд повинен оцінювати обвинувачення, пред'явлене органом досудового розслідування, й обставини, встановлені в судовому провадженні, на наявність або відсутність у діях особи ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203–2 КК України в зміненій редакції. Крім того, під час призначення особі покарання суд має керуватися положеннями, які стосуються зворотності дії закону в часі (ст. 58 Конституції України та ст. 5 КК України), оскільки санкція ст. 203–2 КК України в зміненій редакції передбачає додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, якого попередня редакція цієї статті не містила»* (Постанова ККС ВС.²⁰²²).

4) що було місцем (місцями) здійснення діяльності, в якій підозрюється особа і чи можливо це місце кваліфікувати як гральний заклад.

Місце здійснення діяльності дуже важливе для встановлення події кримінального правопорушення (Топорецька, 2015, с. 202). Якщо особа підозрюється у «повністю» незаконній діяльності, тоді має бути встановлено, які характеристики приміщення, що дозволяють його віднести до грального закладу, чи були в цьому приміщенні реалізовані такі операції як прийом ставок і виплата виграшів і які саме послуги там надавались.

5) що було знаряддям вчинення злочину, в якому підозрюється підзахисний і чи можна ці знаряддя віднести до грального обладнання, чи використовувались якісь спеціальні ігрові програми.

Тут важливо встановити, за якими ознаками сторона обвинувачення класифікувала певне обладнання як гральне. Чи було обладнання в робочому стані, коли його виявили і вилучили і чи зафіксовано це в процесуальних документах. Чи дозволяло конкретне обладнання приймати ставки, виплачувати виграші або чи ініціювало воно певну гру після оплати ставки і здійснення активних дій гравцем. Щодо спеціальних програм, то за якими ознаками їх ідентифікували як ігрові програми, тобто ті, які дійсно забезпечують проведення азартних ігор, а не лотерей, відеоігор, чи іншого віртуального продукту. Передусім тут необхідно звернути увагу, як описано процес гри і за якими ознаками її віднесли до азартних. Якщо сторона обвинувачення цього не підтверджує, то слід говорити про відсутність події кримінального правопорушення.

Тут тактика адвоката може включати доведення того, що обладнання не було увімкнене, або було поламане чи в неробочому стані і лише зберігалось в конкретному приміщенні.

Якщо обладнання вилучалось в робочому стані, то чи зафіксовано, які ігри на ньому проводились і за якими ознаками вона класифіковані як азартні ігри, а не лотереї, відеоігри чи інший віртуальний продукт.

б) чи були гравці в азартні ігри, чи встановлені вони. Для кваліфікації діяння як організація та проведення азартних ігор дуже важливо встановити гравців в азартні ігри, а саме факт внесення ними ставки (кваліфікації конкретного платежу як ставку в азартній грі, а не плату за якісь послуги), або фіксації фактів виплати гравцям виграшів. Якщо цього зафіксовано стороною обвинувачення не було, тоді лінія захисту має передбачати доведення відсутності події кримінального правопорушення – не мали місце факти проведення азартних ігор чи надання можливості доступу до них.

Крім того, захиснику необхідно звернути увагу, чи притягували гравців

в такі азартні ігри до адміністративної відповідальності. Так, згідно ст. 181 КУпАП участь в організованих без дозволу азартних іграх (карти, рулетку, «наперсток» та інші) на гроші, речі та інші цінності тягнуть за собою попередження або накладення штрафу від трьох до семи неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією гравального приладдя, а також грошей, речей та інших цінностей, що є ставкою у грі, або без такої (Кодекс України про адміністративні правопорушення¹⁹⁸⁴). Якщо жодного гравця не притягували до адміністративної відповідальності, то значить не було зафіксовано факт участі будь-якої особи в незаконних азартних іграх, а отже не було події кримінального правопорушення. Тоді захисник може висувати версію, що обладнання тестувалось (якщо було увімкненим) або просто зберігалось (якщо було вимкненим) у певному місці.

Винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення є обставиною, яка впливає на доведення складу кримінального правопорушення, у якому підозрюється особа.

Передусім необхідно чітко встановити, хто вчинив це кримінальне правопорушення: яка це особа підозрюваного і чи може він бути суб'єктом злочину; інкримінується діяння одноосібне чи групове; яка роль інкримінується підозрюваному.

Дуже часто правоохоронні органи зловживають тим, що встановлюють лише «номінальних» організаторів, тобто осіб, на яких було оформлено гравальний заклад, тоді як реальні організатори залишаються безкарними (Топорецька, 2017, с. 134). Тому важливо, щоб захист наполягав на встановленні реального організатора незаконної діяльності, тоді можливо «применшити» роль підзахисного у вчиненому.

Зокрема, суд визнав особу невинуватою у вчиненні інкримінованого йому

кримінального правопорушення, оскільки не було встановлено наявності суб'єкта злочину. У справі № 711/8582/16-к, провадження № 51–1798км19 стороні захисту вдалося довести і підтвердити в апеляційному та касаційному порядку, що одна з осіб не причетна до вчинення злочину, передбаченого ст. 203–2 КК України, який здійснювався в орендованому приміщенні, *«оскільки стороною обвинувачення не надано доказів на підтвердження того, хто і за яких обставин придбав комп'ютерну техніку і термінал, переобладнаний для внесення коштів для участі в азартних іграх, облаштував ними приміщення та під'єднав до мережі Інтернет, і що ці дії виконав саме підсудний»* (Постанова ККС ВС, 2019).

Яка форма вини, адже цей злочин є умисним, тобто особа повинна мати умисел на здійснення незаконної діяльності, мету отримання прибутку та корисливий мотив, тобто сторона обвинувачення повинна довести, що особа бажала, організовувала і проводила саме азартні ігри з метою отримання матеріальної вигоди від цієї діяльності. Чи знав підозрюваний про незаконну діяльність, чи бажав її здійснення і чи усвідомлював, що вчиняє, можливо хтось його залучив до діяльності шляхом обману, зловживання довірою, погроз тощо. Особа має чітко усвідомлювати її участь у зайнятті забороненим видом господарської діяльності та мати корисливий мотив. Топорецька З.М. чітко виділяє в незаконному гравальному бізнесі «номінального» і «реального» організатора цього бізнесу (Топорецька, 2012б, с. 1), зазначаючи, що часто він оформлюється на особу, яка може не усвідомлювати злочинний характер дій через психічні хвороби, певні проблеми в житті (особи без постійного місця роботи чи без житла).

Яка мета та мотиви такої діяльності, адже ст. 203–2 КК України передбачає наявність корисливого мотиву та мети отримання прибутку. Наприклад, стороні захисту вдалося довести невинувато-

тість у вчиненні злочину, передбаченого ст. 203–2 КК України через відсутність складу злочину – а саме корисливого мотиву. В суді встановлено, що *«обвинувачений брав участь у ремонті приміщення та декілька разів відчиняв відвідувачам двері приміщення з гральними автоматами. У зв'язку з вищевикладеним Суд констатує, що обов'язковими елементами складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203–2 КК, є не тільки усвідомлення особою її участі у зайнятті забороненим видом господарської діяльності, а й наявність корисливого мотиву, однак стороною обвинувачення не надано жодного доказу щодо отримання особою будь-якої винагороди від грального бізнесу»* (Постанова ВС, 2019).

Вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат зазвичай не встановлюється стороною обвинувачення, оскільки цей склад злочину є злочином з формальним складом і не передбачає наявності потерпілих (нагадуємо, що гравці в азартні ігри не є потерпілими, а є правопорушниками та притягуються до адміністративної відповідальності). Тому в цій частині сторона захисту не повинна доводити будь-які обставини, а якщо сторона обвинувачення намагається посилатись на завдану шкоду гравцям в азартні ігри, то необхідно наголосити на тому, що гравець є правопорушником і не може бути визнаний потерпілим.

Обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження.

Саме ця група обставин є дуже важливою для захисника. В кримінальних провадженнях за ст. 203–2 КК України нас цікавить саме часовий період, який інкримінується підозрюваному, адже з 13.08.2020 року набула чинності нова

редакція статті 203–2 КК України, тому більшість проваджень про вчинення кримінальних правопорушень до цього часу підлягають закриттю у зв'язку з декриміналізацією діяння.

Для захисника тут важливо звернути увагу на ст. 284 КПК України, яка визначає підстави для закриття кримінального провадження. Для нашого випадку, коли особі було повідомлено про підозру, такими підставами, крім описаних вище відсутності події чи складу кримінального правопорушення, можуть бути застосовані такі: не встановлені достатні докази для доведення винуватості особи в суді і вичерпані можливості їх отримати; втратив чинність закон, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння.

Обставинами, які пом'якшують покарання у цій категорії кримінальних правопорушень можуть бути лише окремі з переліку, визначеного в ст. 66 КК України, зокрема: вчинення кримінального правопорушення внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин; вчинення кримінального правопорушення під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність. Дійсно, дуже часто особа погоджується стати «номінальним» організатором через скрутне матеріальне становище.

Наприклад, в кримінальному провадженні № 12020030160000065 від 24.02.2020 таким номінальним організатором стала одинока мати, яка за свої послуги отримувала 10000 грн. щомісячною, а решту вона передавала організатору незаконної діяльності. В цьому провадженні було враховано кілька пом'якшуючих обставин: а саме те, що *«обвинувачена під час судового розгляду визнала свою вину, щиро покаялась у вчиненому та висловила жаль з приводу вчиненого, осудила свою поведінку, співпрацювала зі слідством, є сиротою, одинокою матір'ю неповнолітньої дитини, яка перебуває на її утриманні, проживає в орендованому приміщенні,*

раніше не судима суд призначив основне покарання нижче від найнижчої межі із застосуванням ст. 69 КК України у виді штрафу у розмірі сім тисяч п'ятсот неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що становить 127500 грн» (Вирок Ківерцівського районного суду, 2022).

Слід звернути увагу, що оскільки основним покаранням за вчинення цього злочину є штраф, сторона захисту має можливості для звернення з клопотанням про зменшення його розміру, призначення нижче встановленої КК межі або про розстрочення його сплати на підставі ст. 53 КК України. Але згідно ст. 69 КК України за вчинення кримінального правопорушення, за яке 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.

Такі кримінальні провадження часто закінчуються угодами про визнання винуватості, в межах якої особа звільняється від покарання з випробуванням з покладенням додаткових обов'язків. Саме така модель була реалізована в кримінальному провадженні № 12019140000000795 (Вирок Сихівського районного суду міста Львова, 2020).

Обставиною, яка виключає кримінальну відповідальність у нашому випадку може бути фізичний або психічний примус, адже часто такий бізнес оформлюють на людей з психічними хворобами.

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання.

Підстави для звільнення від кримінальної відповідальності визначені в розділі IX КК України. У нашому випадку це може бути хіба закінчення строків давності, адже оскільки злочин є

особливо тяжким, то застосування інших підстав неможливе.

Підстави для звільнення від покарання викладено в розділі XII КК України. Оскільки санкція статті передбачає штраф, то слід говорити про можливість розстрочення чи відстрочення його сплати, а не про звільнення від покарання.

Також в такій категорії кримінальних проваджень доказуванню підлягають обставини що підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення, але ці обставини стосуються доказування стороною обвинувачення, а не захисту.

Висновки і перспективи подальших досліджень

Обставини, які підлягають доказуванню стороною захисту в кримінальному провадженні про незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор залежать від обраної лінії захисту прав підозрюваного, зокрема, повне спростування чи ослаблення підозри. Завдання захисту полягає в тому, щоб забезпечити підзахисному найбільш прийнятний і позитивний результат в конкретному кримінальному провадженні – визнання підзахисного невинуватим (виправдання), «применшення» винуватості або зменшення покарання (пом'якшення відповідальності), звільнення від кримінальної відповідальності чи показання (виключення відповідальності). Тому захисник має отримати та подати докази, які спростовують підозру чи обвинув-

вачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність клієнта або ж спростувати докази сторони обвинувачення. Найчастіше сторона захисту обирає доказування відсутності події або складу кримінального правопорушення, щодо якого пред'явлена підозра (виправдання) або ж пошуку пом'якшуючих обставин чи укладення угоди про визнання винуватості щоб пом'якшити відповідальність або звільнити підозрюваного (обвинуваченого) від покарання. Лотереї не є азартними іграми згідно законодавства України, а тому предмет доказуван-

ня стороною захисту у справах про випуск чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей суттєво відрізняється від доказування сторони захисту у справах про незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, а тому це виходить за межі цієї наукової статті і буде перспективним напрямом наукових досліджень у майбутньому.

Подяки

Немає.

Конфлікт інтересів

Немає.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- Вирок Ківерцівського районного суду Волинської області від 27 грудня 2022 року у справі № 164/165/21, провадження № 1-кп/0158/63/22. URL: <https://opendatabot.ua/court/108114560-4f876ffe19158f3938cd84ab432e91a8>.
- Вирок Петриківського районного суду Дніпропетровської області від 04 квітня 2024 року у справі № 196/743/20 Провадження № 1-кп/0187/13/24. URL: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/118124294/>.
- Вирок Сихівського районного суду міста Львова від 28 липня 2020 року у справі № 464/2698/20, судове провадження № 1-кп/464/340/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90685414>.
- Вознюк А.А., Пиняга Р.О. Характеристика осіб, які вчиняють злочини, пов'язані із зайняттям гральним Бізнесом. *Вісн. Харків. нац. ун-ту внутр. справ*. 2012. № 4 (1). С. 96–102.
- Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січень-грудень 2023 року. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareystrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>.
- Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон УРСР від 7 грудня 1984 року № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#Text>.
- Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n61>.
- Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n1081>.
- Криштафович О.Я. Тактика захисту під час досудового розслідування кримінальних проваджень щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор (ст. 203–2 КК України) *Вісник кримінального судочинства*. 2023. № 3–4. С. 240–248.
- Макаренко В.С. Поняття та соціальна небезпека грального та незаконного грального бізнесу. *Наукові записки. Серія: Право*. 2019. № 7. С. 77–83.
- Петричко Н.О. Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2010. 258 с.
- Погорецький М.А. Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання. *Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 23 травня 2014 р.)*. Редкол.: д.ю.н. І.С. Гриценко (голова), проф. П.С. Берзін (заст. голови), к.ю.н. І.С. Сахарук (відп. ред.) К.: Принт-Сервіс, 2014. С. 480–482.
- Погорецький М.А. Захисник – суб'єкт доказування у кримінальному процесі. *Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві: доповіді учасників міжн. наук. – пр. акт. конф., 18–19 жовт. 2002 р. К.: ІА при КУ ім. Т. Шевченка, 2002. С. 27–30.*
- Погорецький М.А., Сергєєва Д.Б. Тактика захисника: поняття, зміст та місце в системі криміналістичної тактики. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. С. 113–123.
- Погорецький М.А., Топорецька З.М. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності на початковому етапі досудового розслідування зайняття гральним бізнесом. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2013. № 3. С. 215–225.

Погорецький М. А., Топорецька З. М. Виявлення зайняття гральним бізнесом оперативно-розшуковими підрозділами. *Юрист України*. 2014. № 1. С. 34–38.

Погорецький М. А., Топорецька З. М. Розслідування зайняття гральним бізнесом: процесуальні й криміналістичні засади: монографія. К.: Алерта, 2015. 250 с.

Попелюшко В. О. Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: Монографія. К.: Прецедент, 2005. 232 с.

Постанова ВС від 20.11.2019 р. у справі № 227/4753/13-к, провадження № 51–3133км19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85903495>.

Постанова ККС ВС від 10 грудня 2019 року у справі № 711/8582/16-к, провадження № 51–1798км19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86333728>.

Постанова ККС ВС від 25 липня 2022 року у справі № 554/3311/20, провадження № 51–2126км021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105482301>.

Рябчук С. В. Кримінологічна характеристика та запобігання гральному бізнесу: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2018. 218 с.

Савченко А. В. Кримінально-правова кваліфікація незаконних азартних ігор. *Адвокат*. 2010. № 1 (112). С. 40–44.

Старенький О. С. Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія. За заг. ред. д. ю. н., проф. М. А. Погорецького. К.: Алерта, 2016. 336 с.

Старенький О. С. Структура кримінального процесуального доказування в діяльності захисника. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: збірник наукових праць*. 2014. № 3 (50). С. 220–229.

Сергєєва Д., Лисак О. Сутність захисту в кримінальному провадженні: діяльнісний підхід до розуміння. *Вісник кримінального судочинства*. 2020. № 1–2. С. 54–63.

Топорецька З. М. Гральний бізнес як один з основних видів діяльності організованих злочинних угруповань. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 1. С. 134–141.

Топорецька З. М. Зайняття гральним бізнесом: поняття та його значення для процесу розслідування. *Право України*. 2012. № 3–4. С. 515–520.

Топорецька З. М. Криміналістичне забезпечення доказування події кримінального правопорушення в кримінальних провадженнях про зайняття гральним бізнесом. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 2. С. 201–207.

Топорецька З. М. Лотереї: 50 питань і відповідей: наук. – практ. вид.; за наук. ред. д. ю. н., проф. М. А. Погорецького. Київ: Алерта, 2019. 222 с.

Топорецька З. М. Особа злочинця як елемент криміналістичної характеристики зайняття гральним бізнесом. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 16 (3). С. 1–6.

REFERENCES

Verdict of the Kivertsivskyi District Court (2022) of Volyn Region dated December 27, 2022 in case No. 164/165/21, proceedings No. 1-кп/0158/63/22. URL: <https://opendatabot.ua/court/108114560-4f876ffe19158f3938cd84ab432e91a8>.

Verdict of the Petrykivskyi District Court (2024) of Dnipropetrovsk Region dated April 4, 2024 in case No. 196/743/20 Proceedings No. 1-кп/0187/13/24. URL: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/118124294/>.

Verdict of the Sykhivskyi District Court of Lviv (2020) dated July 28, 2020 in case No. 464/2698/20, proceedings No. 1-кп/464/340/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90685414>.

Voznyuk A. A., Pynyaga R. O. (2012) Characteristics of persons who commit crimes related to gambling business. *Visn. Kharkiv. National University of Internal Affairs*, 4 (1), 96–102.

Unified report on criminal offenses for January–December 2023 (2023). URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>.

Code of Ukraine on Administrative Offenses (1984): Law of the Ukrainian SSR of December 7, 1984 No. 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#Text>.

Criminal Code of Ukraine: Law of Ukraine of April 5, 2001 No. 2341-III. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n61>.

Criminal Procedure Code of Ukraine (2012): Law of Ukraine of April 13, 2012 No. 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n1081>

Kryshtafovych O. Y. (2023) Defense tactics during pre-trial investigation of criminal proceedings regarding illegal activities in organizing or conducting gambling (Article 203–2 of the Criminal Code of Ukraine). *Bulletin of Criminal Procedure*, 3–4, 240–248.

- Makarenko V.S. (2019) The concept and social danger of gambling and illegal gambling business. *Scientific notes. Series: Law*, 7, 77–83.
- Petrychko N.O. (2010) Illegal gambling: criminal law and criminological research: dissertation ... candidate of law: 12.00.08. Kyiv, 258 p.
- Pogoretskyi M.A. (2014) The defense attorney is the subject of proof in pre-trial proceedings under the current Criminal Procedure Code of Ukraine: problematic issues. *Current issues of state-building in Ukraine: materials of the international scientific-practical conference (Kyiv, May 23, 2014)*. Editors: Doctor of Law I.S. Hrytsenko (chairman), Professor P.S. Berzin (deputy chairman), Candidate of Law I.S. Sakharuk (responsible editor) Kyiv: Print-Service, pp. 480–482.
- Pogoretsky M.A. (2002) The defense attorney is the subject of proof in criminal proceedings. *Organization of the legal profession and provision of legal aid in a democratic society: reports of participants of the international scientific-practical conference, 18–19 October 2002*. Kyiv: Institute of Law at the Kyiv University named after T. Shevchenko, 27–30.
- Pogoretsky M.A., Sergeeva D.B. (2016) Tactics of a defense attorney: concept, content and place in the system of forensic tactics. *Bulletin of Criminal Procedure*, 2, 113–123.
- Pogoretsky M.A., Toporetskaya Z.M. (2013) Using materials of operational and investigative activities at the initial stage of pre-trial investigation of gambling business. *Fight against organized crime and corruption (theory and practice)*, 3, 215–225.
- Pogoretsky M.A., Toporetskaya Z.M. (2014) Detection of gambling business by operational and investigative units. *Lawyer of Ukraine*, 1, 34–38.
- Pogoretsky M.A., Toporetska Z.M. (2015) Investigation of gambling: procedural and forensic principles: monograph. K.: Alerta, 250 p.
- Popelyushko V.O. (2005) Subject of protection and its proof in a criminal case: Monograph. K.: Precedent, 232 p.
- Resolution of the Supreme Court of 11/20/2019 in case No. 227/4753/13-к, proceedings No. 51–3133кМ19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85903495>.
- Resolution of the CCC SC (2019), dated December 10, 2019, in case No. 711/8582/16-к, proceedings No. 51–1798кМ19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86333728>.
- Resolution of the CCC SC (2022), dated July 25, 2022 in case No. 554/3311/20 (proceedings No. 51–2126кМО21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105482301>.
- Ryabchuk S.V. (2018) Criminological characteristics and prevention of gambling: dissertation ... candidate of law. Kharkiv, 218 p.
- Savchenko A.V. (2010) Criminal and legal qualification of illegal gambling. *Advocate*, 1 (112), 40–44.
- Starenkyi O.S. (2016) Criminal procedural guarantees of the defense attorney as a subject of evidence in pre-trial investigation: theory and practice: monograph. General editor: Dr. of Law, Prof. M.A. Pogoretsky. Kyiv: Alerta, 336 p.
- Starenkyi O.S. (2014) Structure of criminal procedural proof in the activities of a defense attorney. *Problems of jurisprudence and law enforcement activities: collection of scientific works*, 3 (50), 220–229.
- Sergeeva D., Lysak O. (2020) The essence of defense in criminal proceedings: an activity-based approach to understanding. *Bulletin of Criminal Procedure*, 1–2, 54–63.
- Toporetska Z.M. (2017) Gambling business as one of the main types of activity of organized criminal groups. *Bulletin of Criminal Procedure*, 1, 134–141.
- Toporetska Z.M. (2012a) Gambling: concept and its significance for the investigation process. *Law of Ukraine*, 3–4, 515–520.
- Toporetska Z.M. (2015) Forensic support for proving the event of a criminal offense in criminal proceedings on gambling. *Bulletin of Criminal Procedure*, 2, 201–207.
- Toporetska Z.M. (2019) Lotteries: 50 questions and answers: scientific-practical edition; scientific editor: Dr. Jurisprudence, Prof. M.A. Pogoretsky. Kyiv: Alerta, 222 p.
- Toporetska Z.M. (2012b) The personality of the criminal as an element of the forensic characteristics of gambling. *Journal of the Academy of Advocacy of Ukraine*, 16 (3), 1–6.

UDC 343.98

Kryshtafovych Orest Yaroslavovych – applicant of the
Research Institute of Public Law
Kyiv, Ukraine

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-2039-9695>
orest911@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2024.1-2/222-234>

**Circumstances to be proven by the defense in criminal proceedings under
Art. 203-2 of the Criminal Code of Ukraine**

From 2009 to 2020, when gambling was prohibited, it was easy to prove its illegality, since all activities were automatically considered illegal. After legalization in 2021, licensed gambling organizers appeared, and Art. 203-2 of the Criminal Code of Ukraine changed: criminal liability is now provided only for activities without a license. Due to the change in the disposition of the article and the composition of the crime, the range of circumstances to be proven in criminal proceedings regarding illegal gambling by both the prosecution and the defense has also changed. Statistics indicate the effective work of the defense, as less than 10% of criminal proceedings from the pre-trial investigation stage move to the trial stage, which may indicate the use of these criminal proceedings to pressure business, therefore it is very important for the defense to have a clear idea of the range of circumstances that must be proven by the defense. The purpose of the article is to establish the circumstances that must be proven by the defense in criminal proceedings under Art. 203-2 of the Criminal Code of Ukraine. The author concludes that the circumstances that must be proven by the defense in criminal proceedings on illegal activities in organizing or conducting gambling depend on the chosen line of protection of the suspect's rights complete refutation or weakening of suspicion. The task of the defense is to provide the defendant with the most acceptable and positive result in a specific criminal proceeding – the recognition of the defendant as innocent (acquittal), «reduction» of guilt or reduction of punishment (mitigation of liability), release from criminal liability or testimony (exclusion of liability). Therefore, the defense attorney must obtain and present evidence that refutes suspicion or accusation, mitigates or excludes the criminal liability of the client, or refutes the evidence of the prosecution.

Keywords: gambling business, gambling, defense tactics, defense attorney, evidence, subject of evidence, circumstances subject to proof, pre-trial investigation.