

11. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 року. СПб., 1909. 12. УгРЕхилидзе М. Г. Об одном аспекте взаимодействия объективной и субъективной сторон преступления // Актуальные проблемы борьбы с преступностью, 1983. 13. Симонов В. И. Уголовно-правовая характеристика физического насилия: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Свердловск, 1972. 14. Шаргородский М. Д. Ответственность за преступления против личности. Л., 1953. 15. Лохвицкий А. П. Курс русского уголовного права. СПб., 1881. 16. Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник уголовного права (часть общая). К., 1882. 17. Трайнин А. Н. Состав преступления по советскому уголовному праву. М., 1951. 18. Кримінальне право України: Загальна частина / За ред. Бажанова М. І., Сташиса В. В., Тація В. Я. К.–Х., 2001. 19. Кримінальне право України: Особлива частина / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. К.–Х., 2001. 20. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 року №4 «Про судову практику у справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» // Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1972–2006). Х., 2006. 21. Уголовный кодекс Киргизской Республики. Бишкек. 1999.

*Надійшла до редколегії 11.01.08*

*Я. О. Лантінов, Г. В. Шевченко*

### **КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРЕДМЕТА ЗЛОЧИНУ – ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ ЗАНЯТТЯ ФІНАНСОВОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ (ЗА Ч. 2 СТ. 202 КК УКРАЇНИ)**

Дослідження питань кримінальної характеристики, підстав кримінальної відповідальності за злочинні посягання у сфері фінансових послуг лишаються вельми актуальними. З одного боку, слід визнати, що перехідний період у вітчизняній економіці завершується (Україну визнано країною з ринковою економікою, наша держава упритул наблизилася до вступу до Світової організації торгівлі). Однак, не дивлячись на те, що ринок фінансових послуг вже сформований, фахівці вказують на високу долю операторів ринку, діяльність яких не відповідає ліцензійним вимогам. Так, наприклад, директор Департаменту нагляду за кредитними закладами Державної комісії з нагляду за ринком фінансових послуг вказує, що до 30% кредитних спілок не відповідають ліцензійним умовам здійснення діяльності на ринку фінансових послуг [1]. Враховуючи обсяги обігу коштів на ринку фінансових послуг, слід визнати, що розробка питань кримінально-правової характеристики предмету злочинів у цій сфері лишається актуальною, і, більше того, заслуговує на активізацію.

У науковій літературі проблеми кримінально правової характеристики злочинних порушень порядку зайняття господарської діяльністю у сфері фінансових послуг висвітлювалися в роботах П. П. Андрушка, К. В. Антонова, Б. В. Волженкіна, П. А. Вороб'я, Л. Д. Гаухмана, О. В. Галахової, П. Т. Геги, В. О. Глушкова, Н. О. Гуторової, О. О. Дудорова, І. І. Карпеця, М. Й. Коржанського, С. П. Корабельникова, Я. М. Кураш, М. І. Мельника, В. О. Навроцького, А. В. Наумова, М. І. Панова, О. І. Перепелиці, А. М. Рішельюка, В. В. Сташиса, Є. А. Стрельцова, В. Я. Тація, М. І. Хавронюка, О. М. Яковлева, П. С. Яні та ін. Разом з тим, слід вказати,

що кримінально правова характеристика злочинів у сфері фінансових послуг не була у центрі уваги цих дослідників, і тому, на нашу думку, вона становить істотний інтерес з огляду на сучасні потреби теорії кримінального права та практики її застосування.

Визначення сутності та ознак предмету злочину пропонувалися у працях Г. М. Борзенкова, В. О. Владимірова, Н. О. Гуторової, О. О. Дудорова, В. І. Єгорова, М. Й. Коржанського, В. М. Кудрявцева, Б. А. Куринова, Ю. А. Ляпунова, П. С. Матишевського М. І. Панова, О. І. Перепелиці та ін. Однак слід визнати, що вказані роботи або проводилися на істотно вищому рівні абстрагування, або присвячувалися визначенню предмету посягань, що відрізнялися за об'єктом від злочинів у сфері фінансових послуг.

Об'єктом дослідження у пропонованій статті виступає предмет злочинних порушень порядку надання фінансових послуг, а саме закономірності складання та застосування кримінально правових норм щодо встановлення кримінальної відповідальності за винні, суспільно небезпечні та протиправні порушення порядку надання фінансових послуг. Предметом дослідження виступають положення чинних нормативно-правових актів України – Конституції України, Кримінального кодексу України (далі – КК), Господарського кодексу України (далі ГК), інших законів та підзаконних актів, дані Держкомстату України, відомості ЗМІ. Метою цієї статті є з'ясування закономірностей складання, тлумачення та застосування відповідних кримінально-правових норм. Провідними методами дослідження виступили загальнонаукові: індукції, дедукції, традукції, а також формально-юридичний, статистичний.

Одним із надбань правової системи України необхідно визнати піднесення ролі Конституції з декларації до нормативного акту прямої дії [2]. Відповідно, можна визначити, що сучасна кримінальна політика полягає в проведенні конституційних положень у життя специфічними кримінально-правовими засобами. Стаття 42 Конституції України промовляє, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Там же вказується, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю й безпечністю продукції всіх видів послуг і робіт [3]. Також необхідно вказати, що право на здійснення підприємницької (господарської) діяльності є похідним від права власності. У ст. 41 Конституції України, з одного боку, вказується, що «право приватної власності є непорушним», під чим розуміється непорушність права використовувати свою власність із будь-якою метою, а з іншого, накладається обмеження – не дозволяється таке використання власності, яке «завдає шкоди правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, погіршує екологічну ситуацію і природні якості землі» [3]. І хоч ухилення від державної реєстрації підприємницької діяльності (у сфері надання фінансових послуг у тому числі) або неодержання ліцензії на здійснення певного виду

господарської діяльності не заподіює прямої шкоди «правам, свободам та гідності громадян», а також не завжди «погіршує екологічну ситуацію і природні якості землі», але ці діяння суперечать «інтересам суспільства» в частині контролю за господарською (підприємницькою) діяльністю.

Таким чином, вимога здійснити державну реєстрацію фінансової діяльності, або одержати ліцензію на здійснення цих ліцензованих видів господарської діяльності, або здійснювати такі види діяльності з додержанням умов ліцензування, не суперечить положенням Конституції України, а навпаки, спрямована на їх запровадження у реальне життя. Відповідно, і встановлення кримінальної відповідальності за порушення порядку здійснення господарської й банківської діяльності є необхідною мірою для реалізації положень Конституції України.

Зазначене вище обумовлює інтерес до вивчення та аналізу злочинних посягань на порядок здійснення господарської діяльності з надання фінансових послуг, відповідальність за які встановлено ч. 2 ст. 202 КК «Порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю» [4].

Перш ніж торкатися питання визначення предмету злочинних порушень порядку здійснення фінансової діяльності, слід зауважити, що формулювання диспозиції ч. 2 ст. 202 КК демонструє характерний недолік бланкетних диспозицій – запізнення в приведенні у відповідність зі змінами в позитивному регуляторному законодавстві. Формулювання чинного кримінального закону в частині встановлення відповідальності за порушення порядку зайняття видами діяльності, вказаними у ч. 2 ст. 202 КК, відповідає положенням господарського законодавства станом на початок 2000 р. Пізніше було прийнято два нормативних акта, які суттєво вплинули на регламентацію відповідних відносин – це Закон України «Про банки і банківську діяльність» в редакції від 07.12.2000 р. [5] і, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [6]. Згідно зі вказаними нормативними актами усі види господарської діяльності у цій сфері – банківська діяльність, банківські операції, професійна діяльність на ринку цінних паперів і операції небанківських фінансових установ, що підлягають ліцензуванню охоплюються терміном «фінансові послуги». Відтак і диспозиція ч. 2 ст. 202 КК мала бути оновленою – «надання фінансових послуг без державної реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії), або з порушенням умов ліцензування, якщо це було пов'язано з отриманням доходу у великих розмірах». Однак, з 01.01.2004 р. з набранням чинності ГК і цей термін також став застарілим, оскільки в ГК використовується словосполучення «фінансова діяльність», як тотожне категорії «фінансові послуги». Відтак, слід визнати, що на теперішній час, за допомогою ч. 2 ст.

202 КК законодавець визначив як кримінально протиправні діяння, що порушують порядок здійснення фінансової діяльності, і пропонуємо їх визначати як злочинні посягання на порядок заняття фінансовою діяльністю.

У доктрині кримінального права неодноразово зверталася увага на те, що неоднозначність формулювання кримінального закону призводить до суперечностей під час його тлумачення та застосування [7, с. 11]. У кримінально-правовій літературі виникли розбіжності стосовно значення ознаки, позначеної законодавцем як «отримання доходу у великих розмірах» у системі ознак складу злочину, встановленого ст. 202 КК. Є. Л. Стрельцов розглядає отримання доходу у великих розмірах як суспільно небезпечні наслідки та, відповідно, відносить цю ознаку до обов'язкових ознак об'єктивної сторони розглядуваного складу злочину [8, с. 445].

Цю позицію підтримав у коментарі до КК 2001 р. О. О. Дудоров [9, с. 445], і фактично підтвердив її у монографії, коли вказав, що отримуваний доход має бути причиною обумовленим порушенням порядку зайняття господарською або банківською діяльністю [10, с. 415]. Проте нижче дослідником зазначається, що немає підстав уважати згаданий у ст. 202 КК доход ознакою об'єктивної сторони аналізованого складу злочину, а сам цей склад злочину – відносити до матеріальних [10, с. 439].

Натомість Н. О. Гуторова вважає отриманий доход предметом злочину, вказуючи, що суспільна небезпечність злочину пояснюється не отриманням громадянином доходу при зайнятті ними виробництвом (торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт), а відсутністю реєстрації як підприємця, або відсутністю ліцензії чи порушенням умов ліцензування під час здійснення господарської діяльності [11, с. 106].

Вважаємо, що всі позиції заслуговують на увагу, але необхідно враховувати, що отримання доходу як результат здійснення господарської діяльності ніякої шкоди суспільству не завдає, і тому не може бути визнано як суспільно небезпечний наслідок.

У той же час існують деякі розбіжності і стосовно визначення предмета злочину як самостійної ознаки складу злочину. О. Н. Беляєв та Є. В. Фролов не розрізняють предмет злочину та предмет посягання, визначаючи останній як елемент об'єкта посягання, впливаючи на який злочинець порушує, або намагається порушити суспільне відношення [12, с. 122]. Цікава точка зору була висловлена В. К. Глістіним у роботі «Проблеми кримінально-правової охорони суспільних відносин» [13, с. 43–64]. На його думку, сутність предмета – елемента суспільних відносин як самостійного поняття полягає у тому, що він залишається предметом у будь-яких суспільних відносинах незалежно від того, чи піддається впливу він або інший елемент даного відношення [13, с. 46].

Дещо іншу позицію займає М. Й. Коржанський, який присвятив декілька робіт даній тематиці. На відміну від В. К. Глістіна, М. Й. Коржанський не вважає предмет злочину складовою об'єкта. Так, він зазначає, що предмет – це матеріалізована сторона об'єкта, але це не самий об'єкт [14, с. 17]. Також, на його думку «предмет злочину необхідно розглядати як систему якостей, як сукупність властивостей, сторін об'єкта – суспільних відносин. Предмет – це ті властивості, сторони суспільних відносин, впливаючи на які суб'єкт змінює їх і цим заподіює соціальну шкоду» [14, с. 14]. Висловивши тезу про те, що заподіяна предмету злочину шкода характеризується його фізичним знищенням або ушкодженням [14, с. 16], М. Й. Коржанський дійшов висновку про те, що «Предмет злочину – це конкретна матеріальна річ, у якій виявляються певні сторони, властивості суспільних відносин (об'єкта злочину), шляхом фізичного або психічного впливу на яку завдається соціально небезпечна шкода у сфері суспільних відносин» [14, с. 17], [15, с. 103].

Одну з найбільш обґрунтованих точок зору, на нашу думку, висловив В. Я. Тацій [16, с. 18–41]. Він виділяв три категорії предметів: 1) предмет суспільних відносин, які охороняються; 2) предмет злочину; 3) предмет злочинного впливу» [16, с. 41]. Базуючись на даній класифікації предметів, В. Я. Тацій визначав предмет злочину як факультативну ознаку складу злочину, рішуче заперечуючи його значення як елемента злочину – «Предметом злочину слід uważати будь-які речі матеріального світу, із певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність у діяч особи ознак конкретного злочину» [16, с. 33].

Виходячи з викладеного, автором було запропоновано розглядати предмет злочинів, за вчинення яких встановлено кримінальну відповідальність за допомогою ст. 202 КК, як соціальне явище, що дорівнюється майну [17, с. 137].

Ст. 202 КК містить вказівку на «доход у великих розмірах». Законодавець у примітці до ст. 202 КК указав, що отримання доходу у великих розмірах має місце, коли його сума у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Глумачний словник української мови визначає доход як: «Гроші або матеріальні цінності, одержувані державою, юридичною та фізичною особою внаслідок якої-небудь діяльності (виробничої, комерційної, посередницької і т. ін.)» [18, с. 245], а прибуток як: 1) суму, яка складає різницю між доходом і витратами; 2) дохід, одержуваний від якого-небудь роду діяльності, справи і т. ін. // Напр., дохід від торгівлі або перепродажу; бариш; 3) приріст, збільшення чого-небудь « [18, с. 925].

Однак, згідно зі ст. 142 ГК терміни «прибуток» і «дохід» є тожними. Отже, доходом слід uważати всю виручку від реалізації. Крім того, не можна звужувати значення цього терміну, і

ототожнювати із «прибутком» як результатом діяльності – за аналогією з підставою визначення бази оподаткування. З іншого боку, не можна ототожнювати терміни «дохід» та «валовий дохід» у тому сенсі, що до останнього поряд із доходом від реалізації зараховуються позареалізаційні доходи, а в ст. 202 КК є вказівка на «пов'язаність доходів» із відповідними видами забороненої поведінки. Необхідно додати, що дохід може отримуватися як у грошовій, так і в натуральній формі.

*Структура предмета злочину.* Під час здійснення фінансової діяльності, відповідно до вимог законодавства, отримуваний дохід розпадається на компенсацію собівартості й прибуток. У свою чергу, собівартість складається з «основних витрат» (тобто, мінімально необхідних витрат на оплату сировини, робочої сили, амортизацію засобів виробництва, оренду приміщень чи витрат на закупівлю товарів, їх зберігання, доставку, гарантійне обслуговування тощо), а також витрат на сплату податків, зборів, інших обов'язкових платежів, і витрат на діяльність щодо додержання умов ліцензування.

Натомість здійснення видів діяльності з ознаками підприємницької, що підлягають ліцензуванню без **державної реєстрації**, приносить дохід, який має іншу структуру. По-перше, оскільки отриманий таким чином дохід не оподатковується, в його структурі відсутні безпосередні витрати на сплату доходів, зборів, інших обов'язкових платежів. По-друге, уникнення державного контролю за додержанням умов ліцензування, суб'єктами, що здійснюють «незарєєстроване підприємництво у сфері фінансових послуг», дозволяє їм уникнути відповідних витрат, пов'язаних із веденням діяльності відповідно до вказаних вимог.

Зазначені обставини суттєво впливають на структуру доходу, оскільки в ньому знижується питома вага собівартості. Або, інакше кажучи, в разі ухилення від державного контролю, прибуток збільшується за рахунок коштів, які повинні витратитися на діяльність щодо додержання умов ліцензування, а також, за рахунок витрат на сплату податків, зборів, обов'язкових платежів.

Таким чином, структура «злочинного доходу» складається, *по-перше, із компенсації витрат на здійснення незарєєстрованого господарювання; по-друге, зы «злочинного прибутку», який у свою чергу розпадається на: а) вартість, яку необхідно було спрямувати на діяльність із додержання умов ліцензування; б) вартість, яку отримано як прибуток* (небезпечність останнього полягає в тому, що замість належних суб'єктів підприємництва такий прибуток отримує особа, що діє з унікає державного контролю).

*Розмір предмета злочину, передбаченого ст. 202 КК* має істотне значення для кваліфікації. Щодо визначення розміру цього доходу труднощів у теорії кримінального права та практиці використання вказаної норми не повинно виникнути. Відповідно до примітки до ст. 202 КК, отримання доходу у великих розмірах має

місце, коли його сума в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, тобто відповідно до п.п. 22.4, 22.5 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22.05.2003 р., і Листа Верховного Суду України від 30.12.2003 р. № 5-13н387 «Щодо податкових соціальних пільг», дорівнює або перевищує суму 215 250 грн.

Разом із тим, є очевидним, що встановлення на законодавчому рівні лише нижньої межі розміру предмета злочинних посягань на порядок фінансової діяльності, без вказівки верхньої, без відповідної диференціації, не може сприяти точному визначенню суспільної небезпечності цієї категорії злочинів, чим ускладнює індивідуалізацію покарання.

Уявляється доцільним створення кваліфікованого складу у межах ч. 2 ст. 202 КК за допомогою визнання як кваліфікуючої ознаки отримання доходу в особливо великих розмірах, тобто такого, що перевищує у три тисячі і більше разів неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Такий підхід на нашу думку, має сприяти уніфікації відповідальності за порушення порядку зайнятості різними видами господарської діяльності.

**Список літератури:** 1. Под вывеской КС строились финансовые пирамиды [Електронний ресурс]// Бізнес-режим доступу до журн. <http://www.business.ua/i735/a23219/> 2. Тодика Ю. М. Тлумачення Конституції України і законів України: теорія та практика: Монографія. Х., 2003. 3. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254К-96-ВР // ВВР України. 1996. № 30. Ст. 141 (зі змінами та доповненнями). 4. Кримінальний Кодекс України // ВВР України. 2001. № 25–26. Ст. 131. 5. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 № 2121-III // ВВР України. 2001. № 5–6. Ст. 30. 6. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 № 2664-III // ВВР України. 2002. № 1. Ст. 1. 7. Ковалев М. И. Правильное построение уголовно-правовой нормы – одно из необходимых условий ее эффективности // Некоторые вопросы эффективности уголовного законодательства: Сб. учен. трудов. СвЮИ. Вып.29. Свердловск, 1974. 8. Уголовный кодекс Украины: Комментарий / Под ред. Ю. А. Кармазина и Е. Л. Стрельцова. Х., 2001. 9. Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. К., 2001. 10. Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. Монографія. К., 2003. 11. Гуторова Н. О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. Х., 2001. 12. Советское уголовное право. Общая часть/ Под ред. проф. Н. А. Беляева и проф. М. И. Ковалева. 1977. 13. Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. Л., 1978. 14. Коржанский Н. И. Предмет преступления (понятие, виды и значение для квалификации) Учебное пособие. Волгоград, 1976. 15. Коржанский Н. И. Объект и предмет уголовно правовой охраны. М., 1980. 16. Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України. Навч. посібник. Х., 1994. 17. Лантінов Я. О. Класифікація складів злочинів за предметом злочину. Х., 2007. Вип. 36. 2007. 18. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К., 2002.

*Надійшла до редколегії 11.01.08*