

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРОВОКАЦІЇ ПІДКУПУ

CRIMINAL LAW ASPECTS OF BRIBERY PROVOCATION

Дудоров О.О.,
д.ю.н., професор,
Заслужений діяч науки і техніки України
Запорізький національний університет

У статті аналізується склад злочину, передбаченого статтею 370 Кримінального кодексу України «Провокація підкупу», розглядаються питання кваліфікації цього службового злочину. Обґрунтовується положення про доцільність збереження вказаної кримінально-правової заборони. З'ясується юридична природа провокації підкупу. Висвітлюється проблема відмежування провокації підкупу від правомірних оперативно-розшукових заходів, спрямованих на викриття корупційних злочинів.

Ключові слова: провокація підкупу, корупція, неправомірна вигода, підбурювання до злочину, оперативно-розшукова діяльність.

В статье анализируется состав преступления, предусмотренного статьей 370 Уголовного кодекса Украины «Провокация подкупа», рассматриваются вопросы квалификации этого должностного преступления. Обосновывается положение о целесообразности сохранения данного уголовно-правового запрета. Выясняется юридическая природа провокации подкупа. Рассматривается проблема отграничения провокации подкупа от правомерных оперативно-розыскных мероприятий, направленных на разоблачение коррупционных преступлений.

Ключевые слова: провокация подкупа, коррупция, неправомерная выгода, подстрекательство к совершению преступления, оперативно-розыскная деятельность.

The offense under Article 370 of the Criminal Code of Ukraine «Bribery Provocation» is analyzed in the paper, questions of the qualification of this crime of office are discussed.

Position about the appropriateness of preserving the examined criminal law prohibition is argued. Its outlining is based on the fact that: the tip of the fight against corruption should be aimed at prevention, detection and of crimes committed, not at the creation (generation) of new, at pushing mentally unstable subjects towards violations of criminal law; provocation of bribery can cause serious damage to the constitutional rights and freedoms of man and citizen, to be used as a powerful tool for illegal influence on others. The existence of separate criminal liability for bribery provocation is also explained by the desire to prevent artificial commission of crimes of respective category, to provide the order of their discovery and disclosure under the Criminal Procedure Code of Ukraine.

The legal nature of the provocation of bribery is comprehended. It is established that the legislator in 2015, by abandoning the traditional, under the Criminal Code of Ukraine, understanding of bribery provocation as the conscious creation by an official of circumstances and conditions that cause the giving or taking undue advantage, has eventually consented to the theoretical approach "provocation of crime = incitement to crime".

It is shown that with bribery provocation it is also possible such influence on a person that is not covered by the criminal law concept of incitement and that, accordingly, cannot be qualified under the current version of Art. 370 of the Criminal Code of Ukraine. This applies, in particular, to the: 1) creation of artificial barriers and challenges, aimed at the generation of person's belief that the issues he is interested to resolve, can be resolved only through bribery; 2) the use of deception, when the perpetrator, by falsifying the will of another person commits provocation by spreading false information (for example, about the possibility of solving various issues through bribery, about the desire of a specific person to obtain or provide illegal benefits). Those kinds of provocative behavior that are not recognized as incitement due to the lack of two-way subjective communication or because of other reasons, and therefore are not covered by the disposition of part 1, Article 370 of the Criminal Code, and under the circumstances may form in other crime against official service (for example, under Article 365).

The problem of distinguishing legitimate provocation of bribery from legal field operations aimed at exposing corruption offenses is exposed. It is proved that in such differentiation both provisions of the relevant legislation of Ukraine and decisions by the European Court of Human Rights should be taken into account. It is established that the identification by the public official of the existing and outwardly expressed proper intention (to give, offer or promise undue advantage, to accept the offer, promise or to receive such benefit) and creating by such official of opportunities for the implementation of the said intent, if there is no incitement to such acts by persuasion, threats, coercion or by any other means with the purpose of subsequent exposure, cannot be considered as criminal bribery provocation.

Key words: bribery provocation, corruption, illegal benefit, incitement to crime commission, operative-search activity.

Протидія корупції є одним із пріоритетних напрямів сучасної політики нашої держави у сфері боротьби зі злочинністю. Від результатів роботи правоохоронної системи щодо мінімізації корупції залежить успішне розв'язання інших важливих проблем сьогодення. При цьому тривала історія викриття корупціонерів дала змогу виробити певні стандарти виявлення і розкриття відповідних злочинів, коли істотного значення набуває не лише результат, а й спосіб, у який його досягають. Проблематика спровокованого вчинення корупційних злочинів, як і кримінально-правової заборони, присвяченої провокації підкупу (у Кримінальному кодексі України (далі – КК) це ст. 370), будучи своєрідним каменем спотикання, вже багато років турбує вітчизняних правників.

Можна сказати, що автори, які присвятили свої роботи вказаній проблематиці, поділилися на два основні табори. Одні виступають за скасування ст. 370 КК і декриміналізацію передбаченого нею діяння, вважаючи, що вказана

кримінально-правова заборона лише ускладнює боротьбу з корупцією. На думку ж інших, провокація підкупу є недопустимою і суспільно небезпечною поведінкою, а виключення ст. 370 з КК потягне за собою зростання масштабів зловживань з боку правоохоронців.

У Засадах державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затверджених Законом від 14 жовтня 2014 р., говориться про необхідність запровадження перевірок на доброчесність. Такі перевірки повинні проводитися з метою забезпечення професійної непідкупності, запобігання корупції серед публічних службовців, перевірки дотримання ними своїх посадових обов'язків тощо. Водночас такі перевірки можуть мати характер провокації надання неправомірної вигоди і тому не повинні бути підставою для початку кримінального провадження. З метою забезпечення дотримання прав людини у зв'язку з проведенням таких перевірок порядок їх проведення слід визначити законом.

Ще в 1998 р. В.О. Навроцький написав, що дії, які полягають у контрольованій пропозиції потенційним хабарникам майнової винагороди, не посягають на жодний правоохоронюваний об'єкт: вони порушують не законні права особи, суспільства, держави, а тільки інтереси корупціонера щодо ухилення від кримінальної відповідальності. Пропозиція хабара з метою викриття хабарника не є схиланням до злочину, оскільки хабарник насправді злочину вчинити не зможе, бо його дії є контрольованими. Поведінка і того, хто пропонує «хабар», і того, хто схильний його прийняти, аж ніяк не порушує нормальної діяльності органів держави чи апарату підприємств, установ, організацій. Відсутня і сумісність посягання, адже принаймні одна особа вчиняє не злочин, а суспільно корисну дію. Науковець звертає увагу і на те, що законодавство про оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД) надає право проводити контрольні закупки товарів з метою виявлення фактів протиправної діяльності. Крім цього, положення про контрольовану пропозицію хабара визнавалось прийнятним з урахуванням вчення про крайню необхідність [1, с. 157-162]. Подібні заклики час від часу збурують українське суспільство [2].

Необхідність цього революційного (інакше не скажеш) кроку може бути пояснена тим, що Україна перебуває на такому етапі свого розвитку, коли для боротьби з корупцією потрібно вживати твердих і рішучих заходів, не відкидаючи як таку можливість використання провокації та інших подібних прийомів, позаяк у боротьбі із витонченою злочинністю потрібні і хитрість, і обман. Однак чи здатна благородна мета виправдати будь-які засоби, які використовуються для її досягнення?

Складно не погодитися з тим, що «боротись зі злочинністю злочинними методами не личить демократичній правовій державі» [3, с. 484]. Проти легалізації провокації-підбурювання як засобу боротьби з корупцією виступає В.М. Киричко, який наводить на користь своєї позиції низку переконливих аргументів [4, с. 191-192]. Змістовно дискутує з В.О. Навроцьким і М.І. Мельник, який недоцільність виключення з КК спеціальної статті про відповідальність за провокацію хабара обґрунтував, зокрема, тим, що таке рішення може вкрай негативно вплинути на здійснення правоохоронної діяльності у сфері протидії корупції [5, с. 214-217].

У висновку Верховного Суду України на один із законопроектів, яким пропонувалося скасувати ст. 370 КК і надати співробітникам правоохоронних органів право під час проведення ОРД здійснювати провокацію підкупу (а подібних законопроектів за період дії чинного КК було декілька), вказувалося на те, що внаслідок таких законодавчих змін у заздалегідь сплановані «пастки» можуть потрапляти законослухняні громадяни, які виявляться психологічно не стійкими до відповідних пропозицій. Основна ж частина «досвідчених хабарників» не буде вкрити в такий спосіб, оскільки вони мають налагоджені схеми надання-одержання неправомірної вигоди, діють через перевірених посередників. До того ж виникне загроза зловживання правоохоронцями наданим їм правом провокувати осіб на вчинення злочинів, а так само ймовірність систематичних звернень наших громадян до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

З ухваленням 2001 р. чинного КК законодавець серед злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, передбачив у ст. 370 відповідальність за провокацію хабара. Останніми роками редакція цієї статті неодноразово зазнавала змін, зокрема, в частині її назви: «Провокація хабара» (таку назву мала і ст. 171 КК України 1960 р.) → «Провокація хабара або комерційного підкупу» → «Провокація підкупу». При цьому офіційний підхід до відповідного діяння залишається незмінним: провокація проголошується недопустимою, суспільно небезпечною і, відповідно, злочинною.

Виокремлення аналізованої кримінально-правової заборони ґрунтується на тому, що: 1) вістря боротьби з корупцією повинне спрямовуватись на запобігання, виявлення вчинюваних і вчинених злочинів, а не на створення (породження) нових, на підштовхування морально нестійких суб'єктів до порушень КК; 2) провокація підкупу може завдати серйозної шкоди конституційним правам і свободам людини та громадянина, використовуватись як потужний засіб неправомірного впливу на інших осіб.

Ще М.С. Таганцев наголошував на тому, що обов'язок поліції полягає в розкритті вчинених злочинних діянь або попередженні тих злочинів, які готуються. І ця діяльність не має нічого спільного зі створенням нових злочинів або злочинних спроб. Особа, котра підмовляє іншого вчинити злочин для того, щоб захопити його в момент вчинення і передати правосуддю, вчиняє діяння, яке не лише є несумісним з уявленням про нормальні функції владних органів, а й містить усі ознаки поняття підбурювання до злочину [6, с. 349]. Якщо держава використовує провокацію, вона тим самим застосовує злочинні засоби, йде на грубе порушення загальних засад кримінального провадження. Виходить, що держава зацікавлена в позбавленні свого громадянина заслуженого покарання, звільненні від обов'язку дотримуватись своїх же законів. Це, своєю чергою, може призвести до хаосу в кримінально-правових відносинах [7, с. 169]. Існування самостійної кримінальної відповідальності за провокацію підкупу пояснюється, крім усього іншого, прагненням унеможливити штучне вчинення злочинів відповідної категорії, забезпечити передбачений Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) порядок їх виявлення і розкриття.

З урахуванням того, що особу можна спровокувати на вчинення не лише корупційного злочину, універсальним кримінально-правовим засобом протидії провокаційній діяльності могла б стати розміщена в розділі КК «Злочини проти правосуддя» норма про відповідальність за провокацію службовою особою (варіант – службовою особою правоохоронного органу) будь-якого злочину (варіант – будь-якого умисного злочину). Слід враховувати і те, що особа, яка підбурила іншу особу вчинити діяння, що є злочином (зокрема, корупційним), визнається співучасником такого злочину і підлягає відповідальності за тією ж статтею КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. За таких обставин можна взагалі обійтися без виокремлення провокації злочину як діяння, яке уже є кримінально караним.

У кримінально-правовій доктрині зустрічаються підходи, згідно з якими провокацію не слід (або не завжди слід) ототожнювати з підбурюванням до вчинення злочину. Йдеться про те, що: 1) провокація злочину – це відмінна від підбурювання одностороння діяльність винного, спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б усі зовнішні ознаки злочину, з певною метою. Дії провокатора і спровокованого спрямовані на досягнення не єдиного, а зовсім різних (діаметрально протилежних) результатів, вони не можуть вважатись узгодженими, спільними. 2) правова природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною, а провокація злочину є більш широким поняттям, ніж підбурювання до вчинення конкретного злочину.

З приводу викладених підходів (а існують і інші) варто зауважити, що бажання провокатора спрямоване саме на досягнення спільного злочинного результату, але з метою, відмінною від інших співучасників. Кримінальний закон нічого не говорить про спільність мотивів, які спонукали підбурювача і виконавця взяти участь у вчиненні злочину. Крім цього, не завжди підбурювання може отримувати безпосередню форму прояву, адже згідно з ч. 4 ст. 27 КК головне тут, щоб певна дія була зумовлена метою схилити особу до вчинення злочину. Водночас можна було погодитись із тим, що у разі провокації не виключається такий

вплив на особу, який не охоплюється поняттям підбурювання.

Врешті-решт наш законодавець, ухваливши Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» і відмовившись від традиційного (існуючого ще з часів дії КК УСРР 1922 р.) розуміння провокації підкупу як свідомого створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють надання або одержання неправомірної вигоди, пристав до теоретичного підходу «провокація злочину = підбурювання до злочину».

З об'єктивної сторони злочин, передбачений чинною редакцією ст. 370 КК, характеризується діями, які набувають вигляду підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди. Виходить, що провокація підкупу розглядається саме і тільки як спеціальний вид підбурювання до вчинення певного злочину.

Провокатор – це той, хто породжує в іншій особі намір вчинити відповідний корупційний злочин, для того щоб згодом що особу викрити. Суть провокації, як влучно зауважує М.І. Мельник, означає певну штучність діянь особи, яку провокують: вона діє (не діє) за обставин, спеціально створених для того, щоб підштовхнути її до бажаних для провокатора діянь (останніх вона не вчинила, якби щодо неї не мала місце провокація). Провокацію можна розглядати як специфічний експеримент на предмет випробування особи на моральну та правову стійкість; провокація – це свого роду перевірка можливої поведінки за тієї чи іншої ситуації [5, с. 195]. Подібним чином розмірковує В.М. Киричко, на думку якого під час провокації підкупу особа вчиняє діяння внаслідок не існуючих у суспільстві обставин та умов, а спеціально створених службовою особою штучних обставин та умов. «Це означає, що тих діянь, які були штучно викликані службовою особою, інші особи не вчинили б у той самий час і в тому самому місці, якщо б щодо них не вчинювалась провокація» [4, с. 180].

Підбурювання з погляду кваліфікації за ст. 370 КК, означаючи схилення особи до вчинення хоча б одного з діянь, вказаних у ч. 1 цієї статті, може здійснюватись шляхом умовляння, погрози, підкупу, примусу тощо (невичерпний перелік способів підбурювання наведений у ч. 4 ст. 27 КК). Винний може, зокрема, провокувати одержання неправомірної вигоди як ним особисто, так і іншим суб'єктом, може як особисто пропонувати чи обіцяти неправомірну вигоду певній особі, так і зумовлювати пропонування чи обіцянку іншими особами неправомірної вигоди.

При цьому слід враховувати, що під час провокації підкупу можливим є і такий вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання та який, відповідно, не може кваліфікуватись за чинною редакцією ст. 370 КК. Сказане стосується, зокрема: 1) створення штучних перешкод і труднощів, спрямованих на породження в особі переконання в тому, що питання, у вирішенні яких вона зацікавлена, можуть бути розв'язані тільки шляхом підкупу; 2) використання обману, коли винний, фальсифікуючи волю іншої особи, здійснює провокацію шляхом поширення неправдивої інформації (наприклад, про можливість вирішення тих чи інших питань за допомогою підкупу, про бажання певної особи одержати або надати неправомірну вигоду). Зверну увагу на те, що випадки відмінної від співучасті «завульованої» провокації утворювали склад злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 370 КК [4, с. 182-183; 8, с. 146]. Наразі ті різновиди провокаційної поведінки, які через відсутність двостороннього суб'єктивного зв'язку або з інших причин не визнаються підбурюванням, а отже, не

охоплюються диспозицією ч. 1 ст. 370 КК, за наявності підстав можуть утворювати склад іншого злочину у сфері службової діяльності (наприклад, передбаченого ст. 365 КК).

Диспозиція ст. 370 КК також не охоплює випадки підкидання предмета нібито як неправомірної вигоди в робочий кабінет або автомобіль особи, вручення їй цього предмета шляхом обману, переказ грошей на банківський рахунок особи без повідомлення їй про це, заниження вартості наданої послуги, про що той, кому її надали, не знає, тощо. Подібні дії можуть розцінюватись як притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, або як завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, і кваліфікуватись, відповідно, за ч. 2 ст. 372 і ч. 2 ст. 383 КК.

Склад злочину, передбаченого ст. 370 КК, утворює підбурювання лише до: 1) пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди; 2) прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди. Звідси випливає, що провокація підкупу має кваліфікуватись за ст. 370 КК у випадках, коли йдеться про підбурювання до вчинення злочину, передбаченого ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, ст. 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК. При цьому те, наскільки результативним було таке підбурювання, на кваліфікацію за ст. 370 КК не впливає. Адже провокаційні дії, напштовхнувшись на властивості особи, можуть виявитись неспроможними викликати в неї намір вчинити бажаний для провокатора злочин. Провокація підкупу визнається закінченим злочиним із моменту вчинення будь-якої дії, що означає підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, незалежно від того, чи мали місце згодом з боку спровокованої особи діяння, вчинення яких прагнув винний. Інакше кажучи, і невідала провокація підкупу підлягає кваліфікації за відповідною частиною ст. 370 КК як закінчений злочин.

У судовій практиці і науці кримінального права ustalено є підхід, згідно з яким провокація підкупу не виключає кримінальну відповідальність спровокованої особи. Про це йдеться, зокрема, у п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво». «Кримінальний закон не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності того, хто одержав хабара, на тій підставі, що не він сам виявив ініціативу в одержанні хабара, а вона була йому запропонована чи навіть нав'язана» [5, с. 196]. «...особа, яку схилили до вчинення протиправних дій, залишається злочинцем, як і той, хто прийняв рішення про такий вчинок самостійно» [8, с. 147]. На користь викладеного вказує і та обставина, що провокація злочину не згадується в розділі VIII Загальної частини КК «Обставини, що виключають злочинність діяння».

Для порівняння: провокація злочину за кримінальними кодексами Польщі, Норвегії, Швейцарії, ФРН розглядається, як обставина, що виключає злочинність діяння, а за законодавством Албанії, Сан-Марино – як обставина, що пом'якшує покарання.

З урахуванням сказаного провокація підкупу, за загальним правилом, не виключає кваліфікацію діянь спровокованої особи за відповідними частинами ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК. Водночас та обставина, що особа вчинила злочин під впливом провокаційної діяльності, може бути врахована судом на підставі ч. 2 ст. 66 КК при призначенні покарання.

Підкресливши, що законодавець не враховує специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності, О.І. Альошина ініціює доповнення ч. 1 ст. 66 КК обставиною, яка пом'якшує покарання, у вигляді вчинення спровокованого злочину

[9, с. 180]. Підтримуючи таку пропозицію, В.В. Навроцька зауважує, що виправдання особи, яка піддалася на вмовляння вчинити злочин, призведе до того, що уникнути справедливої відплати за скоєне зможуть справжні злочинці (наприклад, корупціонери), які завжди зможуть заявити про те, що їх спровокували на вчинення злочину [10, с. 239]

Зроблене вище застереження «за загальним правилом» зумовлене потребою врахування рішень ЄСПЛ (їх стислий виклад наводиться нижче), який послідовно розглядає провокацію злочину як порушення права особи на справедливий судовий розгляд, закріпленого в ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. У відповідних рішеннях ЄСПЛ йдеться про ситуації, коли провокація злочину, негативним чином впливаючи на докази, на яких ґрунтується обвинувачення, здійснювалась саме працівниками правоохоронних органів. На цю обставину останнім часом слушно звертають увагу чимало вітчизняних дослідників [4, с. 181, 189, 204, 210; 10, с. 236-238; 11, с. 64-65; 12, с. 212-215; 13, с. 95-98].

Таким чином, провокація підкупу, вчинена службовою особою правоохоронного органу (ч. 2 ст. 370 КК), здатна унеможливити (за відсутності належних доказів у кримінальному провадженні) кримінальну відповідальність спровокованої особи через порушення конвенційного права на справедливий судовий розгляд. У цьому разі кримінальне провадження стосовно спровокованої особи підлягає закриттю за п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК або ухвалюється виправдувальний вирок через недоведеність злочину, в якому обвинувачується особа (п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК). На користь зробленого висновку вказує і рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 62 Конституції України (справа № 1-31/2001 від 20 жовтня 2011 р.), згідно з яким: обвинувачення у вчиненні злочину, зокрема, не може ґрунтуватись на фактичних даних, одержаних у результаті ОРД уповноваженою на те особою, проте без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 370 КК, – спеціальний (службова особа). Разом із тим у науковій літературі висловлюється пропозиція запровадження кримінальної відповідальності за вчинення цього злочину загальним суб'єктом. Наприклад, О.М. Грудзур зазначає, що загальний суб'єкт може вчинити аналізований злочин, адже для цього не обов'язково використовувати службові чи владні повноваження, авторитет займаної посади або службове становище, завдавши шкоду як основному, так і додатковому об'єкту розглядуваного злочину. На думку згаданого науковця, діяння, вчинені таким суб'єктом, не характеризуються меншим ступенем суспільної небезпеки, ніж ті, які вчиняються службовою особою. Пояснюється це тим, що і в першому, і в другому випадку дання чи одержання хабара зумовлюється штучно створеними обставинами, які не відрізняються за своїм змістом [14, с. 126-128].

Підтримуючи вказану пропозицію, П.П. Андрушко водночас зазначає, що на практиці досить поширеним є спонування до одержання хабара особами, які не є службовими: наприклад, пропозиція адвокатом слідчому чи судді певної винагороди за перекваліфікацію дій підозрюваного (обвинуваченого), закриття кримінальної справи, винесення виправдувального вироку або за призначення покарання, не пов'язаного з позбавленням волі [15, с. 285]. Однак у подібних випадках винуватий прагне не спровокувати одержання неправомірної вигоди з метою викриття того, хто її одержав, а навпаки, дати її задля досягнення бажаного результату.

На сьогодні якщо підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди вчинено з метою викриття іншої особи фізичною осо-

бою, яка не є службовою (казане стосується й особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг), або навіть службовою особою, однак без використання нею свого службового становища, скоєне може розцінюватись як підбурювання до вчинення злочину, передбаченого ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК, і кваліфікуватися з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК. Адже із цієї кримінально-правової норми випливає, що підбурювач може діяти, керуючись різними мотивами і маючи різні цілі. Як одна з таких цілей цілком може виступати викриття злочинця. М.І. Панов із цього приводу пише, що провокацією злочину визнаються дії особи, яка підбурює виконавця чи інших співучасників на вчинення злочину з метою його наступного викриття. Провокація злочину є співучастю у злочині, вчиненому спровокованою особою [16, с. 231]. Варто звернути увагу і на те, що співробітники правоохоронних органів, які при вчиненні провокації підкупу використовують підбурювача, можуть розглядатись і як організатори спровокованого злочину, оскільки вони щонайменше керують підготовкою цього підбурювача.

Суб'єктивна сторона провокації підкупу характеризується прямим умислом (винний усвідомлює, що його дії мають провокаційний характер стосовно іншої особи, і бажає вчинити такі дії) і метою: нею виступає викриття того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Зазначене викриття зводиться до того, щоб установити і зробити відомим факт вчинення певного кримінально караного діяння, і не потребує процесуального закріплення чи дотримання певної процедури. «Тут достатнім є лише факт самого виявлення, що давання чи одержання хабара вчиняються тією або іншою особою. Водночас інша мета, яку може переслідувати провокатор (шантаж, заподіяння матеріальної чи нематеріальної шкоди тощо), є похідною і досягається лише після викриття того, хто дав чи одержав хабар» [14, с. 143].

За метою викриття провокацію підкупу слід відрізняти від: 1) вимагання неправомірної вигоди (здійснюючи останнє, винний прагне змусити іншу особу надати йому неправомірну вигоду, однак не має при цьому на меті викрити особу у вчиненні злочину); 2) інших (порівняно з описаним у ст. 370 КК) різновидів підбурювання до вчинення злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК.

Мотиви дій винної особи, не впливаючи на кваліфікацію за ст. 370 КК, можуть бути різними (корисливі спонукання, кар'єризм, помста, заздрість, марнославство, бажання скомпрометувати особу чи організацію, інтереси боротьби зі злочинністю тощо) і підлягають врахуванню під час призначення покарання. «Мотив дій провокатора ... може вказувати на різний ступінь його суспільної небезпечності. Зокрема, фактором, що знижує ступінь суспільної небезпечності особи винного, може виступати вчинення провокаційних дій з мотивів боротьби з корупцією як негативним соціальним явищем» [4, с. 191].

Кваліфікуючою ознакою розглядуваного злочину є вчинення його службовою особою правоохоронного органу. Підвищена суспільна небезпека зазначеного різновиду провокації підкупу зумовлена спотворенням службових обов'язків правоохоронців, які замість виявлення, припинення та розкриття злочинів умисно створюють умови, які викликають їх вчинення. З приводу того, чому для правоохоронців за провокацією підкупу встановлено посилену кримінальну відповідальність, Г.Л. Шведова пише, що «саме на службових осіб правоохоронних органів покладено завдання викривати корупціонерів та застосовувати відповідні оперативно-розшукові заходи. Тому можна стверджувати, що саме ця категорія осіб більш схильна до вчинення таких злочинів у силу характеру своєї діяльності» [17, с. 331].

Коментуючи відсутність практики застосування ст. 370 КК, О.О. Кваша висловлює припущення про те, що «нор-

ма про відповідальність за провокацію хабара фактично не працює, а саме діяння в практиці не зустрічається» [18, с. 423-424]. Погоджуюсь із першою тезою дослідниці, однак сумніваюсь у правильності другої: провокація підкупу – один із найбільш латентних злочинів у сьогоденній Україні, який зовсім не є рідкістю. Як слушно зазначається з цього приводу в літературі, загальноновизнаним є той факт, що оцінка діяльності правоохоронних органів ґрунтується на системі відповідних показників, заради досягнення яких законність нерідко приноситься в жертву. Це зумовлює розповсюдженість методу провокації в антикорупційній діяльності правоохоронних органів за відсутності практики притягнення винних до відповідальності за ст. 370 КК [19, с. 98, 100]. Про те, що провокація надзвичайно широко використовується в діяльності правоохоронних органів, ведуть мову П.Л. Фріс та І.Б. Медичкий, зауважуючи водночас, що жодного разу провокаційна діяльність правоохоронців не отримала належної кримінально-правової оцінки [3, с. 484].

Провокацію підкупу слід відмежовувати від правомірних оперативно-розшукових заходів, спрямованих на викриття корупційних злочинів.

У ст. 23 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією передбачено, що кожна держава повинна вжити законодавчих та інших заходів, включаючи такі, що дозволяють (із дотриманням національного законодавства) застосування спеціальних слідчих методів, які можуть сприяти збиранню доказів у зв'язку з корупційними злочинами. У пояснювальному звіті до згаданої Конвенції вказується, що згадані методи можуть включати використання таємних агентів, прослуховування телефонних розмов тощо.

Здійснюючи згадане відмежування, необхідно брати до уваги як положення відповідних законодавчих актів України, так і рішення ЄСПЛ.

Згідно зі ст. 6 Закону України від 18 лютого 1992 р. зі змінами «Про оперативно-розшукову діяльність» підставою для проведення ОРД виступає наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, зокрема, про злочини, що готуються, та осіб, які готують їх вчинення. Виходячи із цього, виявлення і документування ознак корупційного злочину вважатиметься правомірною ОРД, яка відрізняється від кримінально караної провокації підкупу, за умови, що має місце конкретна інформація про підготовлюваний корупційний злочин, відображена в джерелах, перерахованих у ч. 2 ст. 6 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність». Джерелом вказаної інформації зазвичай виступають заяви осіб, причому, як зазначає М.Г. Арманов, таким заявником може бути: 1) особа, щодо якої мало місце вимагання неправомірної вигоди, але яка ще не погодилась на її надання; 2) особа, яка запропонувала, пообіцяла неправомірну вигоду; 3) третя особа, якій відомо про факт вимагання неправомірної вигоди або факт пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди [20, с. 158]. Якщо ж відповідної конкретної інформації немає, а працівники правоохоронних органів лише припускають, що ця особа може вчинити корупційний злочин, підстави для проведення ОРД відсутні, що дозволяє вести мову про провокацію підкупу (за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого ст. 370 КК). Наприклад, за наявності цієї статті КК неправомірними визнаватимуться дії правоохоронця, який, озброївшись технічними засобами для фіксації проявів корупції, видає себе за бізнесмена-початківця, який прагне зареєструвати свою підприємницьку діяльність у місцевих органах влади (звичайно, якщо немає заяв від осіб, які хотіли стати підприємцями, про вчинене стосовно них у цих органах влади вимагання неправомірної вигоди).

Згідно зі ст. 271 КПК за наявності достатніх даних про готування до тяжкого чи особливо тяжкого злочину або вчинення такого злочину може проводитися контроль за

його вчиненням (зокрема, у формі спеціального слідчого експерименту). При цьому ч. 3 ст. 271 КПК забороняє під час підготовки та проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину, провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона б не вчинила, якби слідчий, співробітник уповноваженого оперативного підрозділу та інші не сприяли цьому.

Називаючи діяльність правоохоронців із проведення правового експерименту і провокаційну діяльність, що зумовлює вчинення злочину, взаємовиключними поняттями, В.В. Навроцька справедливо зазначає, що проведення правового експерименту не повинне впливати на свідомість імовірного злочинця, щодо якого здійснюється перевірка, обумовлювати його поведінку. У протилежному випадку матиме місце підбурювання до вчинення злочину, що ігнорує завдання правоохоронних органів [10, с. 236]. Проаналізувавши Закон «Про оперативно-розшукову діяльність» і КПК, В.М. Киричко обґрунтовано зауважує, що закони України не надають права правоохоронним органам своїми діяннями (безпосередньо чи шляхом використання інших осіб) штучно викликати певні протиправні діяння інших осіб з метою викриття останніх [4, с. 193]. Для виключення кваліфікації дій працівників правоохоронних органів за ст. 370 КК необхідним є підтвердження не зумовленого їх діями факту пропозиції, обіцянки, прийняття пропозиції чи обіцянки або вимагання неправомірної вигоди. Щонайменше відповідні корупційні дії мають бути вчинені до реєстрації кримінального провадження [20, с. 161].

А тепер звернемось до рішень ЄСПЛ. Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 09 червня 1998 р. з питання застосування неправомірної провокації зазначається, що потрібно розмежовувати справи, в яких негласні агенти провокують виникнення злочинного наміру, якого до того не було, від тих, де підозрюваний вже мав намір вчинити злочин. ЄСПЛ у цій справі встановив, що дії працівників поліції спровокували злочин, а доказів про схильність заявника до вчинення злочинів не було, як і підстав вважати, що злочин було б вчинено ним без втручання працівників поліції.

Необхідно враховувати і рішення ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 р., винесене за заявою колишнього прокурора, засудженого за одержання хабара, який скаржився на те, що його підбурили до вчинення злочину і, таким чином, порушили його право на справедливий судовий розгляд справи. ЄСПЛ вирішив, що співробітники МВС, не обмежившись пасивним розслідуванням, підбурили заявника до вчинення злочину, за який його було засуджено, і що немає підстав вважати, що він вчинив би його без їхнього втручання. Суд також зазначив, що в кримінальній справі немає доказів, які підтверджували б, що заявник раніше вчиняв злочини, зокрема, пов'язані з корупцією, і що, крім чуток, не було об'єктивних доказів для припущення, що заявник займається незаконною діяльністю. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті підбурювання з боку поліції – такі докази мають визнаватися недопустимими.

У рішенні ЄСПЛ, винесеному в справі «Банніков проти Росії», від 04 листопада 2010 р. зазначені виключні критерії, за яким оперативні дії, що симулюють правопорушення, пов'язані з хабаром, є правомірними. По-перше, це «матеріальний тест», який включає в себе такі елементи: 1) правопорушення було би вчинене і без втручання представників правоохоронних органів, 2) офіцер під прикриттям просто «приєднався» до вже вчинюваного правопорушення і не підбурював до його вчинення; 3) суб'єкт такої оперативної дії не зазнав будь-якого примушування до вчинення правопорушення. По-друге, це «процесуальний

тест» – дотримання процедури, за якою визначається вина у підбурюванні. І в інших рішеннях ЄСПЛ знайшло відображення негативне ставлення до провокаційної діяльності правоохоронців, яка полягає в підбурюванні осіб до вчинення злочинів (зокрема, це рішення в справах: «Калабро проти Італії» від 21 березня 2002 р.; «Г.А. Ваньян проти Російської Федерації» від 15 грудня 2005 р.; «Худобін проти Росії» від 26 жовтня 2006 р.; «Мілінієне проти Литви» від 24 червня 2008 р.).

Отже, виявлення службовою особою вже існуючого в особи та вираженого зовні відповідного наміру (надати, запропонувати або пообіцяти неправомірну вигоду, прийняти пропозицію, обіцянку чи одержати неправомірну вигоду) і створення цієї службовою особою можливостей для реалізації вказаного наміру, якщо відсутнє підбурювання до таких дій шляхом умовляння, погроз, примусу чи іншим чином із метою подальшого викриття, не можна вважати провокацією підкупу. Якщо при провокації підкупу винний сам викликає в інших осіб намір вчинити злочин з метою їх викриття, то при проведенні правомірних оперативно-розшукових заходів під контроль беруться вже наявні процеси, пов'язані з посяганням на об'єкт кримінально-правової охорони. Такі заходи не ініціюють злочинну поведінку особи, а втручаються в уже триваючу реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події і факти. Тому не визнаються, наприклад, провокацією підкупу (ст. 370 КК) дії, вчинені з метою викриття того, хто вчиняє одержання неправомірної вигоди, коли ця особа вимагає або навіть просить неправомірну вигоду, а інша особа для викриття корупціонера погоджується на задоволення цієї вимоги (прохання), а далі, вже з відома правоохоронних органів, передає неправомірну вигоду.

Для того, щоб у законодавчому порядку провокацію хабара (або провокацію підкупу) відмежувати від правомірної діяльності, спрямованої на виявлення і документування фактів давання чи одержання хабара, О.М. Грудзур запропонував доповнити ст. 370 КК ч. 3 такого змісту:

«Не є злочином діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені працівником оперативно-розшукового підрозділу, який відповідно до закону уповноважений на проведення оперативно-розшукової діяльності, або за дорученням такого працівника іншою особою, що залучається відповідно до закону до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, якщо вчинення цих діянь відбувалося за наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності і в порядку, визначеному законодавством» [14, с. 10, 188-189].

Сумніваюсь у доцільності такого варіанту вдосконалення ст. 370 КК. По-перше, і за чинного законодавства України (про ОРД, кримінального процесуального) зрозуміло, що проведені відповідно до цього законодавства заходи, покликані викрити корупціонерів, завдяки своєму правомірному характеру не утворюють складу злочину «провокація підкупу». По-друге, пропонується новела, будучи занадто абстрактною, не містить ключового в цьому разі положення – про те, що не визнається провокацією підкупу виявлення уповноваженою особою держави вже існуючого в особи та вираженого зовні відповідного злочинного наміру. По-третє, з огляду на предмет регулювання матеріального кримінального права, місце сформульованій О.М. Грудзуром норми – явно не в КК.

Насамкінець зазначу, що основна проблема протидії провокації підкупу лежить нині не в кримінально-правовій площині, адже чинний КК, як показано вище, дозволяє належним чином реагувати на таку негідну поведінку, застосовувати за неї відповідні заходи кримінально-правового характеру. Практика неправомірної провокації в діяльності правоохоронних органів потребує якщо не викорінення, то принаймні мінімізації шляхом удосконалення механізму її виявлення. Адже на сьогодні має місце ситуація застосування неправомірної провокації з метою притягнення особи до кримінальної відповідальності за певний корупційний злочин за відсутності при цьому кримінально-правового реагування на зазначену поведінку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Навроцький В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією / В. Навроцький // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 157–162.
2. Морозюк А. Рівняння з двома змінними. Ще раз про провокацію хабара [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrop-ua.net/publications/society/1172-rvnyannya-z-dvoma-zmnnimi-sche-raz-pro-provokacyu-habara.html>.
3. Фріс П.Л. Вибрані праці / П.Л. Фріс. – Івано-Франківськ : Фоліант, 2014. – 652 с.
4. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
5. Мельник М.І. Хабарництво : загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства : монографія / М.І. Мельник. – К. : Парламентське видавництво, 2000. – 256 с.
6. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая : в 2-х т. – М. : Наука, 1994. – Т. 1. – 380 с.
7. Радачинский С.Н. Ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Радачинский Сергей Николаевич. – Ростов-на-Дону, 1999. – 188 с.
8. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навчальний посібник / Н.М. Ярмиш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
9. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Альошина Ольга Іванівна. – Х., 2007. – 204 с.
10. Навроцька В.В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації / В.В. Навроцька // Вісник Криминологічної асоціації України. – 2013. – № 4. – С. 235–241.
11. Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задоя. – К. : ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. – 135 с.
12. Жлобінська Л. Провокація правоохоронних органів на вчинення кримінальних правопорушень / Л. Жлобінська // Юридичний вісник. – 2014. – № 5. – С. 212–215.
13. Козак О.С. Провокація злочину за КК України та у практиці Європейського суду з прав людини / О.С. Козак, О.Б. Панах // Морально-етичні засади реформування кримінального законодавства України : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 10 квітня 2015 р.); упорядник к.ю.н., доц. В.В. Шаблюстий. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. – С. 95–98.
14. Грудзур О.М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Грудзур Олег Михайлович. – К., 2011. – 229 с.
15. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України / П.П. Андрушко. – К. : Атіка, 2012. – 332 с.
16. Кримінальне право України : Загальна частина : підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
17. Шведова Г.Л. Заходи кримінально-правового характеру в системі заходів протидії корупції в Україні / Г.Л. Шведова // Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу : розвиток та інтеграція: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 27 листопада 2015 р.). – К. : Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – С. 330–333.

18. Кваша О.О. Співучасть у злочині : структура та відповідальність : монографія / О.О. Кваша. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 560 с.

19. Веретянников В.В. Деякі аспекти доцільності існування кримінальної відповідальності за провокацію хабара або комерційного підкupu / В.В. Веретянников // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. № 1. – С. 95–102.

20. Арманов М.Г. Особливості кваліфікації корупційних дій у публічній сфері відповідно до типових ситуацій їх виявлення / М.Г. Арманов // Антикорупційна політика України : актуальні проблеми забезпечення ефективності : збірник матеріалів інтернет-конференції (м. Київ, 29 травня 2015 року). – К. : Національна академія прокуратури України, 2015. – С. 156–162.

УДК 343.7

ШАХРАЙСТВО З ВИКОРИСТАННЯМ БАНКІВСЬКИХ ПЛАТІЖНИХ КАРТОК

THE FRAUD USING BANK PAYMENT CARDS

Клочко А.М.,
к.ю.н., доцент,

Сумський державний університет

Єременко А.О.,
студент III курсу

Сумський державний університет

У статті розглядаються деякі способи вчинення шахрайства з використанням банківських платіжних карток. Дано рекомендації щодо кваліфікації таких діянь та відмежування їх від інших правопорушень. Вивчається міжнародний досвід та положення міжнародних документів щодо класифікації злочинів, пов'язаних із платіжними засобами. Пропонуються можливі напрями роботи із запобігання таким кримінальним правопорушенням.

Ключові слова: шахрайство, банківська діяльність, платіжні картки, запобігання, злочини.

В статье рассматриваются некоторые способы совершения мошенничества с использованием банковских платежных карточек. Даны рекомендации по квалификации таких деяний и отграничению их от иных правонарушений. Изучается международный опыт и положения международных документов относительно классификации преступлений, связанных с платежными средствами. Предлагаются возможные направления работы по предупреждению таких уголовных правонарушений.

Ключевые слова: мошенничество, банковская деятельность, платежные карты, предотвращение, преступления.

The question of the fraud using bank payment cards is considered in the article. It is noted that this crime is the problem promoting the destabilization of the whole banking system. The underlying mechanisms and the high latency of the fraud entails negative consequences for the economy of each individual country and in general all over the world. In this regard, countering this crime is one of the priorities in the fight against organized crime on a global level. Some aspects of terminology present in the concept of the fraud are reviewed in this article. Criminal-legal characteristic of the fraud using bank payment cards taking into account the specific nature of banking system organization is provided. Some of the most common ways of the fraud using bank payment cards are considered. Current legislative and regulatory framework relating to the prevention of the named above crime is studied. The causes and conditions promoting the fraud using bank payment cards are analyzed. The main programs developed by banks for countering the crimes mentioned above are examined. Methods ensuring the effective prevention of the «economic» crimes and stable operation of the banking system are presented. International experience and the provisions of international documents of this problem are learnt. The conclusions about the need for further improvement of the legal and regulatory framework on this issue and developments of guidelines for the investigation of criminal cases in this category were made.

Key words: fraud, banking, payment card, prevention, crime.

Кримінальні правопорушення, що вчинюються у сфері банківської діяльності, набули сьогодні значного поширення та становлять суттєву небезпеку для суспільства та держави в цілому. Ця проблема не могла залишитися поза увагою науковців та потребує невідкладного розв'язання, що не повинно обмежуватись лише коментуванням наявних чинних нормативних приписів. Виникає потреба не тільки в їх обґрунтуванні та вдосконаленні, а й у виробленні рекомендацій щодо правильної кваліфікації «банківських» кримінальних правопорушень, в адаптації нормативних правил до сучасних реалій, у криміналізації діянь, що вчинюються у сфері банківської діяльності та мають всі ознаки злочинів, та декриміналізації тих кримінальних правопорушень, які багато років не мають фактичних проявів та судової практики щодо їх вчинення. Комплексний підхід до вирішення проблеми запобігання злочинності в банківській сфері, яка постійно трансформується та набуває нових форм, потребує вироблення нової дієвої системи протидії таким зазіханням на рівні істотного реформування положень кримінального законодавства України із цих питань. Зменшення купівельної

спроможності громадян пов'язане зі змінами загально-соціально-економічного фону в країні. Проте така обставина не знижує потреб громадян у цілому, навпаки, із розвитком технологій та значним обсягом інформації, яку споживач отримує через телебачення та Інтернет, виникає відчуття, що нам необхідна значна кількість речей, які не завжди є доступними через їх високу вартість. Бажання отримання «легких грошей» дедалі більше виникає у нестійких членів суспільства, зокрема, з урахуванням спокус, які нав'язують нам засоби масової інформації. Із цим можна пов'язати зростання рівня вчинення корисливих злочинів проти власності. Одним із проявів таких суспільно-небезпечних діянь є шахрайство з використанням банківських платіжних карток.

Суспільна небезпечність таких злочинів полягає в тому, що поряд із посяганням на власність громадян, їх грошові кошти, які перебувають на банківських рахунках, цей злочин спричинює шкоду згаданому функціонуванню банківської системи, підриває довіру до неї громадян у цілому. Українці ввіряють свої кошти банківським установам, сподіваючись таким чином забезпечити своє