

Бантшиев Олександр Федорович –
професор спеціальної кафедри Національної
академії Служби безпеки України, кандидат
юридичних наук, професор,

Кузьмін Сергій Аркадійович –
науковий співробітник Міжвідомчого НДЦ з
проблем боротьби з організованою
злочинністю при РНБО України

Провокація хабара як спеціальний вид співучасті у злочині

У статті досліджується склад злочину “провокація хабара” та суміжні склади злочинів у контексті проблемних питань кваліфікації та гарантування законності при проведенні оперативно-розшукових заходів по документуванню хабарництва.

Забезпечення конституційних прав і свобод людини є одним з основних задекларованих базових принципів функціонування органів управління та правоохоронних органів України. Одним із елементів цього є механізм захисту громадян (причому як приватних, так і службових осіб) від протиправних дій службових осіб, зокрема представників органів державної влади. Ключовим моментом є виключення можливостей штучного створення джерел доказів щодо можливої протиправної діяльності громадян, а також введення кримінальної відповідальності за провокацію хабара.

Зміст провокації злочину становлять активні дії суб'єктів з умисного спонукання особи (осіб), які не мають злочинного умислу до скоєння злочину з метою наступного викриття особи, котра скоїла даний злочин.

Провокація хабара відповідно до ч. 1 ст. 370 КК України передбачає відповідальність за свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування або одержання хабара, щоб потім викрити того, хто дав або взяв хабара.

Під провокацією злочину в теорії кримінального права розуміється підбурювання до злочину з метою подальшого викриття особи, яка скоїла даний злочин. Тобто, такі дії слід розглядати як співучасть у злочині у формі підбурювання.

Відповідно до ч. 4 ст. 27 КК України підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину. Тобто, він породжує в іншого співучасника намір вчинення злочину. Підбурювач може умовляти, підкупати, погрожувати, примушувати, шантажувати, щось обіцяти тощо [8, с. 38]. У кримінальному законі неможливо передбачити усі засоби, якими підбурювач може користуватися для створення мотивів, що обумовлюють поведінку підбурюваного.

Слід відмітити, що у термінології з цих питань зустрічається велика незрозумілість: одні й ті ж поняття визначаються різними термінами, і, навпаки, одні і ті ж терміни використовуються для визначення різних понять.

Природно, що незрозумілість у термінології ускладнює розгляд питань про засоби та форми підбурювання [5, с. 147].

У даному випадку видається найбільш відповідним запропоноване Ф.Г. Бурчаком розуміння засобів підбурювання як прийомів, якими користується підбурювач для впливу на психіку підбурюваного, а під формою підбурювання – зовнішнє виявлення обраних підбурювачем засобів. Термін “спосіб” може використовуватись для відображення засобів підбурювання в їх динаміці.

Дуже важливо, що міркувати або робити висновок про дієвість тих чи інших засобів, використаних підбурювачем, можливо лише на основі аналізу всіх фактичних обставин конкретної справи, а також відношень, що існують між підбурювачем та підбурюваним. Встановити яке-небудь співвідношення цих засобів, провести їх класифікацію в абстрактному полі неможливо [5, с. 148].

Як і звичайно при підбурюванні, провокація хабара за об’єктивною стороною може виявитися у домовленостях, у вимозі дати хабар, у підказках, у порадах щодо його одержання, у натяках.

Провокація хабара, схилення до його давання чи одержання може носити усний характер, виявлятися за допомогою жестів, письмово, демонстрацією якихось зображень тощо. Знаряддям можуть бути будь-які засоби передачі та носії такої інформації: телефонний або факсимільний зв’язок, Інтернет тощо.

Цей злочин може бути вчинений тільки з прямим умислом. Мотиви можуть бути будь-які: відзначитися по службі, перед правоохоронними органами; помститися особі, яка викривається в даванні хабара; відвести від себе підозру за раніше одержані хабарі тощо. На кваліфікацію ці обставини не впливають.

Диспозиція статті передбачає провокацію хабара двох видів: давання хабара та його отримання. Причому суб’єктом даного злочину може бути лише службова особа, яка діє, як вже зазначалось вище, з прямим умислом та має спеціальну мету – подальше викриття хабародавця або хабараотримувача. На практиці може мати місце ситуація, коли метою є викриття обох осіб одночасно.

Важливо з’ясувати, що у колишньому СРСР відповідальність за провокацію хабара була передбачена лише у Кримінальному кодексі УРСР [9, с. 43].

У той же час, на думку окремих науковців [4, с. 240], цю статтю з Кримінального кодексу необхідно було б вилучити та кваліфікувати такі дії через застосування інституту співучасті за ч. 4 ст. 27 КК України як дії підбурювача в отриманні чи даванні хабара. Проте, якщо такий підхід може здаватися зовні ще більш-менш прийнятним при викритті хабараотримувача шляхом давання хабара, то у випадку, якщо провокація мала місце з метою викриття хабародавця або і хабародавця і хабараотримувача одночасно, застосування інституту співучасті є неможливим, оскільки з одного боку у підбурювача – посадової особи, яка створює умови для викриття, відсутня мета незаконного отримання матеріальних цінностей та благ, що виключає умисну спільну участь у злочині із хабараотримувачем, і є невід’ємною кваліфікуючою ознакою у відповідності до ст. 26 КК України (Співучастю є умисна спільна участь декількох суб’єктів у вчиненні умисного злочину). Крім того, у випадку якщо, наприклад, провокація здійснена за попередньою змовою уявним хабараотримувачем та працівником правоохоронного органу, то склад отримання хабара взагалі відсутній, тому що одержувач завідомо ніяких дій з виконання чи невиконання в інтересах хабародавця за отриманий “хабар” з використанням наданої йому влади чи службового становища вчиняти не збирається, а сам хабар також завідомо на свою користь не отримує, так як останній у випадку викриття неминуче буде вилучений і в подальшому обернутий у прибуток держави. Тобто у даному випадку взагалі буде відсутній склад злочину за ст. 368 КК України (Отримання хабара).

У діях особи, яка у зв’язку з вимаганням у неї хабара, звернулася до органу влади з метою викрити вимагача, складу злочину немає. Тому вона звільняється від відповідальності на підставі не частини 3 статті 369 КК України, а п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК

України (За відсутністю у діянні складу злочину), тобто, за відсутністю складу злочину. Гроші і цінності, які ця особа передала як хабар з метою викрити вимагача, підлягають поверненню законному власнику на підставі п. 5 ч. 1 ст. 81 КПК України [6, с. 865].

Навряд чи можливо визнати достатньо переконливою думку про те, що діяння, які утворюють провокацію хабара, можуть бути кваліфіковані за сукупністю як зловживання владою або службовим становищем та підбурювання до давання або отримання хабара, так як у такому випадку створення посадовою особою умов для давання хабара і наступного отримання його повинні були б кваліфікуватися як співучасть у даванні хабара та співучасть у отриманні хабара, при цьому одночасно.

Взагалі, до застосування положень інституту співучасті у злочинах, пов'язаних з хабарництвом, необхідно підходити дуже обережно, та розглядати у відповідності зі всіма складовими елементами складу злочину (об'єкт, суб'єкт, об'єктивна та суб'єктивна сторони злочину), так як без урахування всіх обставин цілком можливо припуститись юридичних помилок з кваліфікації. А сама тенденція до штучного пов'язування застосування елементів інституту співучасті при кваліфікації злочинів даної категорії, на жаль, у вітчизняній юридичній літературі спостерігається.

Наприклад, ні в якому разі не можна погодитись з тезою: “приватна особа, що організувала давання – одержання хабара несе відповідальність за ч. 4 ст. 27 і за відповідною частиною ст. 368” [6, с. 210], оскільки з одного боку приватна особа не є спеціальним суб'єктом, а з іншого – дії не відповідають диспозиції ч. 4 ст. 27 КК України (Підбурювання). У даному випадку поняття “спеціальний суб'єкт” є тотожним поняттю “спеціальний виконавець”. А далі ті ж автори, коментуючи застосування норм кримінального законодавства щодо провокації хабара, наводять у якості прикладу справу, коли сторож підсобного господарства (який, зрозуміло, не був службовою особою) підмовив двох робітників вчинити крадіжку з поля зібраної напередодні кукурудзи, з метою показати начальству свою старанність, затримати їх, і не мав наміру брати участь у самій крадіжці кукурудзи [6, с. 210]. При цьому залишається зовсім незрозумілим взагалі, яке цей приклад має відношення до складу, що розглядається. Який, до речі, здійснюється також лише спеціальним суб'єктом – службовою особою.

Таким чином, слід підкреслити, що з диспозиції ст. 368 КК України (Одержання хабара), злочин може бути вчинений лише службовою, а не будь-якою іншою особою, при цьому лише шляхом виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи дій з використанням наданої їй влади чи службового становища, а дії приватної особи у зв'язку з організацією отримання хабара можуть розглядатися тільки як елемент давання хабара, і в даному випадку – як співучасть саме у цьому виді злочину.

Неможливо також погодитись з тезою: “хабародавець несе відповідальність не тільки за давання хабара, але й за підбурювання до службового злочину, вчиненого хабарником” [5, с. 158], оскільки ст. 369 КК України містить склад злочину, який передбачає за своїм змістом можливість підбурювання, а за відсутністю такого та за наявності вимагання – спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності.

Крім того, об'єкт скоєного у співучасті злочину повинен співпадати для всіх співучасників не тільки за видом, але й бути для них індивідуально визначеним [5, с. 109], а в даному випадку ми маємо очевидне неспівпадіння між індивідуально визначеним об'єктом злочину при отриманні і даванні хабара з одного боку, та провокації хабара – з іншого. Хоча загальним родовим об'єктом у даних випадках є суспільні відносини, які визначають і регулюють зміст правильної роботи державного апарату і апарату органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності.

Наведені аргументи вважаються автором достатніми для того, щоб зробити висновки про неможливість розгляду провокації хабара в контексті застосування інституту співучасті у даванні або отриманні хабара.

Таким чином, провокацію хабара слід розглядати не як спеціальний вид підбурювання в контексті застосування інституту співучасті у даванні та отриманні хабара, а як окремий самостійний вид злочинної діяльності. І співучасть у ньому може мати місце лише тоді, коли він безпосередньо вчиняється групою осіб, які, вчиняючи винне діяння, мають спеціальну мету – саме викриття того, хто дав чи взяв хабар і лише шляхом свідомого створення обставин і умов, що зумовлюють пропонування або отримання хабара. Крім того, отримання та давання хабара, навіть тоді, коли воно здійснювалось “в умовах провокації” не виключає в діях наявність самого цього злочину.

До речі, з позиції Пленуму Верховного Суду України, який у своїй Постанові “Про судову практику у справах про хабарництво” № 5 від 26.04.2002 року зазначив: “Те, що давання чи одержання хабара мало місце у зв’язку з провокацією, не виключає відповідальності тих, хто давав чи одержував хабара”, що у свою чергу не тільки кваліфікаційно виділяє провокацію хабара у самостійний склад злочину, але й повністю відокремлює його кваліфікацію від кваліфікації одержання та давання хабара.

Доречно також звернути увагу на наявність у п. 23 вказаної Постанови розмежування в кваліфікації між провокацією хабара, тобто свідомим створенням службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування чи одержання хабара, з метою викрити того, хто його дав або одержав, та організацію з тією ж метою службовою особою давання чи одержання хабара, підбурювання до цього або сприяння у цьому. Саме лише в останньому випадку, дії службової особи слід розцінювати, як співучасть у хабарництві та додатково кваліфікувати за відповідними частинами статей 27 і 369 або статей 27 і 368 КК України.

Таким чином, за відсутності у КК України законодавчої норми ст. 370, дії щодо провокації хабара як службовою особою взагалі, так і службовою особою правоохоронного органу зокрема, не були б кримінально караними, як це до речі є у кримінальних законах ряду провідних країн світу, які вважають себе еталонами демократії. Так, німецький криміналіст Р. Маурах, торкаючись питань відповідальності агента-провокатора пише: “Оскільки тут злочин не може бути доведено до кінця, так як агент-провокатор викликає з боку підбурюваного лише замах на злочин, на скоєння якого сам умислу не має, то він і не може нести за це відповідальність”. Аналогічної точки зору притримується й офіційна американська юриспруденція, широко використовуючи послуги агентів-провокаторів [5, с. 126].

В окремих країнах така провокація не тільки не засуджується офіційною владою, але і навпаки, всіляко заохочується. Провокатори, які виступають у якості свідків, нерідко рекламуються як “сверхпатріоти” [5, с. 127]. І тут слід зауважити, що саме наявність норми про кримінальну відповідальність за провокацію хабара (ст. 370 КК України) в українському кримінальному законі створює передумови для гарантування відповідальності держави, в особі її представників – службових осіб, за свою діяльність, що є обов’язком держави та гарантується Конституцією України (ч. 2 ст. 3).

Частина 2 статті 370 КК України передбачає спеціальну норму, яка за своїм змістом повинна була б міститися у розділі XVIII КК України (Злочини проти правосуддя). Ця законодавча норма передбачає відповідальність за провокацію хабара, вчинену службовою особою правоохоронних органів.

Під працівниками правоохоронного органу, в диспозиції цієї статті слід розуміти службових осіб: прокуратури, внутрішніх справ, Служби безпеки, Військової служби правопорядку Збройних сил України, Державної митної служби,

Державної податкової служби, органів виконання покарань, Державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, Державної лісової охорони, Антимонопольного комітету та інших державних органів, які здійснюють правозастосовчі та правоохоронні функції.

Протиправні дії, що розглядаються, можуть бути пов'язані як з нерозумінням, так і з прямим ігноруванням або нехтуванням вимог закону. Це може бути обумовлено бажанням отримати високі показники в службовій діяльності за будь-яких умов, так і з прагненням реалізувати у такий спосіб свої особисті інтереси (помста, усунення з посади особи, яка не бажає "вирішувати" певні питання для самого працівника правоохоронного органу або близьких до нього осіб). В останньому випадку кримінальна відповідальність може наставати за сукупністю злочину, що розглядається, та інших злочинів (у тому числі й службових). Причинами цього можуть бути низький професійний рівень працівників правоохоронних органів, їх моральна та духовна деградація, недостатньо дієві механізми відомчого і процесуального контролю та системи прокурорського нагляду за дотриманням законів під час проведення дізнання, досудового слідства та оперативно-розшукової діяльності.

Відмінною ознакою таких осіб є те, що вони за своїм статусом, як представники державних органів, беруть безпосередню участь: у розгляді судових справ у всіх інстанціях; провадженні та розслідуванні кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення; в оперативно-розшуковій діяльності; в охороні громадського порядку та громадської безпеки; у виконанні вироків, рішень, ухвал і постанов судів, постанов органів дізнання та досудового слідства; у контролі за переміщенням людей, транспортних засобів, товарів та інших предметів через митний кордон України; у нагляді та контролі за виконанням законів [7, с. 865].

У даному випадку, показовим є те, що український законодавець, захищаючи своїх громадян від протиправних дій спеціальних суб'єктів – представників державних виконавчих інститутів та й службових осіб підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності, відніс ці протиправні дії до злочинів середньої тяжкості та тяжких.

Підсумовуючи викладене, автори пропонують при вирішенні питань, які стосуються кваліфікації дій службових осіб, що пов'язані із провокацією хабара, остаточно відмовитись від розгляду цього виду злочинної діяльності як спеціального виду підбурювання (в контексті застосування інституту співучасті у злочинах щодо давання або отримання хабара), а розглядати його як повністю самостійний вид злочинної діяльності, а положення інституту співучасті при цьому застосовувати лише у випадку вчинення цього злочину групою службових осіб, поділяючи їх, відповідно до рольової участі за видами співучасників та виконавців, організаторів, підбурювачів та пособників.

Список використаних джерел

1. Конституція України: // Відомості Верховної Ради України. 1996. – № 30.
2. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 лип. 2008 р.: (відповідає офіц. текстові). – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2008. – 188 с.
3. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26.04.2002 року "Про судову практику у справах про хабарництво" // Нове кримінальне законодавство та постанови Пленуму Верховного Суду України (2001–2007). – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2008. – 220 с.
4. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К., 1978. – 282 с.
5. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву: Монографія. – К.: Наукова думка, 1969. – 213 с.
6. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юридичних спеціальних вищих закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін., за ред.

професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ – Харків: Юрінком-Інтер – Право, 2002. – 416 с.

7. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / 3-є видання, перероблене та доповнене / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атілл, 2005. – 1064 с.*

8. *Кримінальне право у питаннях і відповідях: Посібник / О.Ф. Бантишев, С.А. Кузьмін. – К.: Вид. ПАЛІВОДА А.В., 2008. – 208 с.*

9. *Бантишев О.Ф. Злочини у сфері службової діяльності (питання кваліфікації): Навч. посіб. – К.: МАУП, 2002. – 128 с.*

The article is devoted to the research of corpus delicti “Provocation of a bribe” and adjacent corpus delicti in the context of problems of qualification and guaranteeing legality during the holding of operative investigation actions on documenting of bribery.

© О.Ф. Бантишев, С.А. Кузьмін, 2008