

ПРОВОКАЦІЯ ХАБАРА: СУТНІСТЬ І ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ

Діяльність правоохоронних органів у сучасних умовах значно ускладнена високим ступенем організованості та кримінального професіоналізму корумпованих осіб. У зв'язку з цим оперативним підрозділам інколи досить важко за допомогою оперативно-розшукових заходів виявляти конкретні факти протиправних діянь. Водночас боротьба зі злочинністю шляхом встановлення високих кількісних показників розкриваності залишається одним із принципів правоохоронної діяльності в Україні, у тому числі шляхом відхилення від засобів, що дозволяються законом. Тому проблема провокації злочину є актуальною як для законодавця, так і для правозастосувачів.

Історично термін “провокація” використовувався в різних галузях знань: дипломатії, військовій і правовій науках. Найчастіше провокація розглядалася стосовно конкретних злочинів і пов'язувалася саме з діяльністю правоохоронних органів. За даними дослідження Є.С. Дубоносові значна чисельність працівників цих органів не мають чіткого уявлення про провокацію злочину (28,5%), але 94,3% опитаних твердо переконані, що провокація в оперативно-розшуковій діяльності можлива. При цьому 77% опитаних, орієнтуючись на кримінальне законодавство, пов'язують її лише з хабарництвом, і тільки 4,7% вважають, що провокація в роботі правоохоронних органів не застосовується [6, с. 4, 11].

Кримінальний кодекс України традиційно містить норму, яка передбачає відповідальність за провокацію хабара (ст. 370 КК). Проте в теорії кримінального права та слідчо-судовій практиці й досі не існує єдності думок щодо сутності діяльності провокатора хабара і кваліфікації його дій. Одразу ж відзначимо, що провокацію слід відрізнити від контрольованого хабара, який становить собою спеціальну операцію (оперативний експеримент) по виявленню злочинця – особи, яка здійснює вимагання (у кримінально-правовому значенні – п. 4 примітки до ст. 368 КК), висловлює прохання або вимогу надати їй хабара.

Більшість учених дотримуються позиції, що *провокація злочину є підбурюванням до нього*, тобто його спеціальним різновидом. Звідси й

виділення провокації хабара як самостійного складу злочину (ст. 370 КК) ставиться ними під сумнів. Так, на думку В.Ф. Кириченка, провокація хабара є фактично підбурюванням до його давання або одержання [9, с. 87]. Прихильником визнання провокаційних дій підбурюванням до злочину виступали Б.В. Здравомислов, М.П. Кучерявий, О.Я. Светлов та інші криміналісти [Див.: 8, с. 87; 12, с. 183; 16, с. 240]. Провокацію хабара ототожнює з підбурюванням також О.Ф. Бантишев, який стверджує, що “провокація до вчинення будь-якого злочину є лише окремим випадком підбурювання”, і вважає, що при будь-якій провокації хабара провокатор має нести кримінальну відповідальність як підбурювач до відповідного злочину [1, с. 43]. Така позиція знайшла відбиття в кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн (наприклад, КК Республіки Польща, КК Іспанії тощо).

Протилежну думку висловлює В.О. Навроцький, який зазначає, що пропозиція хабара з метою викриття хабарника не є схилянням до злочину, оскільки він не може вчинити злочин, адже його дії є контрольованими [14, с. 159].

Прихильники іншої точки зору пропонують розглядати *провокацію хабара як спеціальний вид зловживання службовим становищем*. Так, М.П. Кучерявий зазначає, що “провокація хабара підпадає як за суб'єктом, так і за об'єктивними й суб'єктивними властивостями під ознаки складу зловживання службовим становищем. Однак у силу деяких особливостей об'єктивної і почасти суб'єктивної сторін цього складу він виділений як самостійний” [12, с. 185].

Своєрідну позицію обстоює М.І. Мельник. Якщо КК не передбачає спеціальної норми про відповідальність за провокацію хабара, він вважає дії службової особи, яка спровокувала хабарництво, за наявності до того підстав слід розцінювати як зловживання владою або службовим становищем (далі – службове зловживання) чи перевищення влади або службових повноважень. За *відсутності* в діях службової особи зловживання вона *може* нести відповідальність за підбурювання до давання чи одержання хабара [13, с. 217]. В.І. Борисов переконує, що провокація хабара є спеціальним складом перевищення влади, проте збереження норми про відповідальність за провокацію хабара в КК 2001 р., на його думку, є правильним [2, с. 74; 3 с. 150].

І.А. Гельфанд доводить, що провокація хабара є настільки своєрідним злочином, що не охоплюється поняттям ні службового зловживання, ні підбурювання до давання або одержання хабара, і навіть не містить у собі ознак якого-небудь іншого злочину [5, с. 21]. Подібну позицію займає й

С.М. Радачинський, на думку якого юридична природа провокації хабара не детермінується підбурюванням, а має власні характеристики [15, с. 13, 14].

На наш погляд, провокація хабара є спеціальним різновидом перевищення влади або службових повноважень, бо належить до дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти.

Різноманітність у розумінні сутності провокації хабара призводить і до відмінностей у кваліфікації дій провокатора, незважаючи на те, що санкції статей 364, 365, 368, 369 та 370 КК передбачають різні за суворістю міри покарання. З точки зору, наприклад, Б.В. Волженкіна, якщо службова особа спровокувала пропозицію чи одержання хабара, то за наявності у кримінальному законі спеціальної норми, яка передбачає відповідальність за провокацію хабара, така особа підлягає відповідальності за вчинення цього злочину (ст. 370 КК України). Якщо у кримінальному законодавстві немає такого положення, то в разі провокації пропозиції хабара особа підлягає відповідальності за підбурювання до давання хабара і за службове зловживання (ч. 4 ст. 27, ст. 369; ст. 364 КК України), а у випадку провокації його одержання – лише за підбурювання до цього (ч. 4 ст. 27, ст. 368 КК України). Якщо ж суб'єкт (не службова особа) з провокаційною метою схилив службову особу до одержання хабара і надав останній матеріальні цінності, він повинен нести відповідальність за підбурювання до одержання хабара (ч. 4 ст. 27, ст. 368 КК України) [4, с. 114, 115].

Таке вирішення проблеми відповідальності провокатора хабара, як вбачається, може зазнати сумнівів, хоча б тому, що незрозуміло, чому в діях особи, яка спровокувала *пропозицію хабара*, наявне ще й службове зловживання, а в діях особи, яка спровокувала його *одержання*, ознаків цього злочину немає? Або чому в разі схилення з провокаційною метою службової особи до одержання хабара і фактичній його передачі особа несе відповідальність за підбурювання до одержання хабара (ч. 4 ст. 27, ст. 368 КК), а не за його давання (ст. 369 КК)?

Як видиться, вирішення питання про кваліфікацію провокації хабара лежить у площині співвідношення підбурювання до злочину і його провокації. Тому необхідно встановити співвідношення цих понять і тих злочинних ролей, які виконують *підбурювач* і *провокатор злочину*.

Стаття 370 КК визначає провокацію хабара як свідоме створення службовою особою обставин та умов, що зумовлюють пропонування або одержання хабара, щоб потім викрити того, хто його дав або взяв. Підбурювачем відповідно до ч. 4 ст. 27 КК є особа, яка схилила іншого співучасника до вчинення злочину. Якщо зіставити визначення діяльності підбурювача і провокатора, то видно, що вони суттєво різняться за змістом, бо не всяке створення обставин та умов вчинення злочину є одночасно

підбурюванням до нього і не всякий підбурювач має на меті наступне викриття злочинця.

Визначаючи провокацію хабара, законодавець не конкретизує характер або види умов (обставин), що викликають його пропозицію або одержання, тому можна припустити, що вона є діянням, спрямованим на штучне створення обстановки, що зумовлює вчинення злочину і має на меті наступне викриття хабародавця або хабароодержувача. При цьому, якщо діяльність підбурювача спрямована на безпосереднє збудження в конкретній особі рішучості вчинити злочин, то провокація може полягати як у безпосередньому впливі на свідомість і волю особи, так і в так званому опосередкованому впливі на особу через створення певної об'єктивної обстановки, що сприяє вчиненню нею злочину.

Створити умови для давання або одержання хабара провокатор може будь-яким чином, у тому числі й натяками, порадами, пропозиціями. При цьому особа, яку він проковує, може й не усвідомлювати, що бажання одержати або надати хабара в неї виникло завдяки діям провокатора. Навпаки, у випадку підбурювання до злочину співучасник, якого особа схилила до злочину, завжди повинен усвідомлювати, що намір на вчинення злочину або участь у його вчиненні виник у нього саме як результат дій підбурювача.

Крім того, для підбурювання характерна наявність двостороннього суб'єктивного зв'язку між підбурювачем і співучасником, якого перший схиляє до вчинення злочину. У зв'язку з цим таємне підбурювання виключається, тоді як провокатор може діяти й таємно, лише натяками чи шляхом створення певних умов, викликавши або тільки посиливши в особі рішучість вчинити злочин.

Метою провокаційних дій завжди виступає наступне викриття особи, яка запропонувала чи одержала хабар, тоді як мета підбурювання до злочину не є обов'язковою ознакою діяльності підбурювача.

Нарешті, суб'єктом провокації хабара є лише службова особа, а роль підбурювача може виконати будь-яка фізична осудна особа, яка досягла віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності.

Провокація хабара є закінченим злочином з моменту вчинення службовою особою дій, що зумовлюють пропонування або одержання хабара, незалежно від того, чи відбулося в дійсності вчинення злочинів, передбачених статтями 368 та 369 КК. Ось чому, навіть якщо штучно створена обстановка не викликала в особи наміру одержати або дати хабар, у діях провокатора існує закінчений склад злочину. Якщо ж підбурювачу не вдалося схилити особу вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні,

його дії визнаються невдалими і він відповідає лише за готування до злочину.

Наведене ставить під сумнів ототожнення підбурювання до злочину і провокацію хабара. Аналіз діяльності провокатора і підбурювача до злочину дає підставу стверджувати, що поняття „провокатор” і „підбурювач” не тільки не збігаються за змістом, а й не співвідносяться як род і вид або як частина й ціле, бо *не кожна провокація є підбурюванням до злочину, як і не кожне підбурювання є провокацією останнього*. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 370 КК, сформульована в такий спосіб, що дії винного можуть як містити ознаки підбурювання до хабарництва (тобто виступати спеціальним різновидом підбурювальницької діяльності), так і не містити їх, а становити лише провокацію хабара (тобто створення умов, що викликають пропозицію або одержання останнього). У зв'язку з цим, з нашої точки зору, найбільш правильною вбачається позиція В.І. Тютюгіна, який стверджує, що злочин, передбачений ст. 370 КК, як правило, є різновидом підбурювання, виділеного у спеціальну норму стосовно хабарництва. Однак провокація матиме місце й за відсутності ознак підбурювання, коли винний штучно створює умови для давання-одержання хабара, діючи при цьому потайки (натяками) [11, с. 413]. Тому, якщо винний не тільки спровокував давання-одержання хабара, а й схилив до вчинення хабарництва спровоковану особу, його дії слід розглядати ще й як підбурювання до злочину, а тому додатково кваліфікувати за ч. 4 ст. 27 і ст. 368 або ст. 369 КК.

Така позиція поділяється й судовою практикою. Так, Пленум Верховного Суду України в постанові “Про судову практику по справах про хабарництво” від 26 квітня 2002 р., № 5 у п. 23 зазначив: “Якщо з тією ж метою (з метою провокації хабара – уточнення автора – О.У.) службова особа організувала давання чи одержання хабара, підбурювала до цього того, хто його дав чи одержав, або сприяла їм у цьому, її дії слід розцінювати ще й як співучасть у хабарництві та додатково кваліфікувати за відповідними частинами статей 27 і 369 чи статей 27 і 368 КК” [15].

Як немає єдності поглядів стосовно сутності провокаційної діяльності і кваліфікації дій провокатора хабара в науці кримінального права, так не існує її й щодо вирішення питання про відповідальність спровокованої особи. Так, І.А. Гельфанд, підтримуючи позицію А.Н. Трайніна, висловлюється проти притягнення до відповідальності особи, яка була спровокована на давання хабара [5, с. 23]. Проте він не вбачає підстав для звільнення від кримінальної відповідальності службових осіб, які були спровоковані на його одержання. На його думку, якщо службова особа висловила бажання чи надала згоду на одержання хабара, її дії слід

розглядати як замах на злочин, передбачений ст. 368 КК [5, с. 23]. Як вбачається, згоду на одержання хабара можна розглядати лише як готування до його одержання, бо в такій ситуації особа вчиняє лише підготовчі дії до вчинення злочину, не виконуючи при цьому об'єктивної сторони його складу (згода, домовленість про розмір хабара, про час або місце його одержання тощо).

Протилежної точки зору дотримується О.Й. Кирпичников, який вважає, що при вчиненні провокації хабара кримінальній відповідальності повинні підлягати лише провокатори, тобто особи, які імітували об'єктивну сторону хабарництва з метою створення штучних підстав для притягнення до відповідальності особи, стосовно якої вчиняється провокація [10, с. 314]. З такою позицією, думаємо, не можна погодитися, оскільки, незважаючи на те, що дії особи були спровоковані, вона все ж таки вчинила діяння, у якому є ознаки відповідного складу злочину.

На думку М.І. Мельника, оскільки службова особа одержала хабара, вона за будь-яких обставин має нести за це кримінальну відповідальність, саме за замах на його одержання [13, с. 197]. Прихильником схожої позиції є й М.П. Кучерявий, який зазначав, що дії осіб, спровокованих на давання чи одержання хабара, ніколи не можуть бути доведені до кінця, оскільки немає єдиного умислу на вчинення такого діяння. У зв'язку з цим давання чи одержання хабара у випадках його провокації завжди є лише замахом на вчинення відповідного злочину [12, с. 184]. Якщо погодитися з тим, що в зазначеній ситуації не існує єдності умислу, це ще не дає підстав для кваліфікації діяння як замах, бо останній має місце при недоведенні злочину до кінця з причин, незалежних від волі винного.

Немає єдності думок щодо цього і в представників судової практики, на що звертає увагу й суддя Верховного Суду України В.Г. Жук. Він зазначає, що аналіз судової практики в справах про хабарництво свідчить, що у 90% випадків одержання хабарів викривається шляхом їх давання під контролем правоохоронних органів. Переважна більшість суддів вважає таке одержання хабара закінченим злочином. Проте дехто з них розглядає це діяння як замах на вчинення злочину, передбаченого ст. 368 КК, мотивуючи таку кваліфікацію неможливістю службової особи з незалежних від неї причин привласнити предмет хабара або розпорядитися ним [7, с. 50]. У зазначеній ситуації йдеться скоріше не про провокацію хабара, а про оперативний експеримент (контрольований хабар), проте, з нашого погляду, вирішення питання про відповідальність службової особи, яка одержала хабар і у випадку його провокації, і в ситуації надання контрольованого хабара, має бути однаковим.

Пленум Верховного Суду України у названій вище постанові вказує: навіть якщо давання або одержання хабара відбувається у зв'язку з провокацією, це не виключає відповідальності того, хто його дав або одержав (а. 3 п. 23), а одержання службовою особою хабара від того, хто діє з метою її викриття і звільняється від кримінальної відповідальності з передбачених законом підстав, є *закінченим* складом злочину і кваліфікується залежно від обставин справи за відповідною частиною ст. 368 КК (а. 3 п. 10).

Із позицією Вищої судової інстанції слід було б погодитися, якщо положення п. 10 постанови не суперечило б п. 9, у якому зазначено, що “давання й одержання хабара тісно пов'язані умислами осіб, які вчинюють ці злочини. Якщо особа, вручаючи службовій особі незаконну винагороду, з тих чи інших причин не усвідомлює, що дає хабар, вона не може нести відповідальність за давання, а *службова особа – за одержання хабара* (виділено автором – О.У.). Дії останньої за наявності до того підстав можуть кваліфікуватись як зловживання владою чи службовим становищем, обман покупців або замовників, шахрайство тощо” [15]. Крім того Пленум відзначає, що “дії службової особи, яка, одержуючи гроші чи матеріальні цінності начебто для передачі іншій службовій особі як хабар, мала намір не передавати їх, а привласнити, належить кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за відповідними частинами статей 190 і 364 КК як шахрайство та зловживання владою чи службовим становищем, а за наявності до того підстав – і за відповідними частинами статей 27, 15 та 369 КК як підбурювання до замаху на давання хабара. Особа, яка в такому випадку передала гроші чи цінності, *вважаючи, що вона дає хабар, несе відповідальність за замах на давання останнього*“ (а. 2 п. 9) [15]. Такий підхід, як видиться, необхідно застосовувати і при вирішенні питання про відповідальність спровокованої особи.

КК не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності того, хто внаслідок провокаційних дій одержав чи надав хабара. Ось чому, навіть якщо особа не сама виявила ініціативу дати-одержати хабар, а така ініціатива була їй запропонована чи навіть нав'язвана, це не виключає наявності складу злочину в діях спровокованої особи. Водночас ми не погоджуємося з кваліфікацією дій такої особи як закінчений злочин. На нашу думку, в такій ситуації має місце *помилка* щодо ознак об'єктивної сторони складу злочину. Особа, яка надає-одержує хабара за умови провокації, вчиняє діяння, у якому містяться лише *фактичні*, а не *юридичні* ознаки складу злочину. Наприклад, особа вважає, що одержує хабар, проте помиляється, оскільки фактично їй передається певна матеріальна винагорода, одержання якої ще й контролюється. Таким чином,

особа вважає, що вчиняє суспільно небезпечне діяння, а насправді її дії контролюються, а тому й не мають ознаки суспільної небезпечності. Саме на цій підставі питання відповідальності хабароодержувача при провокації слід вирішувати за правилами про помилку в об'єктивних ознаках злочину (в предметі, в характері діяння). Така помилка не виключає умислу й відповідальності особи, проте в її діях необхідно визнавати наявність лише замаху на вчинення злочину – дачу-одержання хабара.

Викладене дає підставу для таких висновків:

1. За своєю сутністю провокація давання-одержання хабара може як містити, так і не містити ознак підбурювання до хабарництва. Тому в першому випадку вона є спеціальним різновидом підбурювальницької діяльності, а в другому – лише провокацією хабара, тобто створенням умов, що викликають його пропозицію або одержання.

2. Якщо винний не тільки спровокував давання-одержання хабара, а й схилив особу до хабарництва, його дії слід додатково кваліфікувати за ч. 4 ст. 27 КК як підбурювання і за ст. 368 або ст. 369 КК.

3. Особа, яка внаслідок провокаційних дій одержала чи дала хабара, відповідає за замах на злочин, передбачений ст. 368 або ст. 369 КК.

Список літератури: 1. *Бантшиев О.Ф.* Злочини у сфері службової діяльності (питання кваліфікації): Навч. посіб. – К.: МАУП, 2002. – 127 с. 2. *Борисов В.І.* Корупція в Україні: поняття, відповідальність, стан // Держава та регіони: Серія: Право. – 2004. – № 2. – С. 68-77. 3. *Борисов В.И.* Ответственность за преступления коррупционного характера // Коррупция – политические, экономические, организационные и правовые проблемы: Сб. науч. статей / Под ред. *В.В. Лунева.* – М.: Юристь, 2001. – С. 144-150. 4. *Волженкин Б.В.* Квалификация должностных преступлений (злоупотребление служебным положением, халатность, взяточничество). – Л.: Ин-тут усовершенствования следственных работников органов прокуратуры и МВД, 1973. – 197 с. 5. *Гельфанд И.А.* Уголовная ответственность за взяточничество. – К.: Вышш. шк., 1963. – 26 с. 6. *Дубонос Е.С.* Провокация взятки либо коммерческого подкупа: Лекция. – М.: Юрид. ин-т МВД РФ. Кн. мир, 2002. – 35 с. 7. *Жук В.Г.* Деякі проблемні питання застосування судами законодавства про відповідальність за посадові злочини // Вісн. Верхов. Суду України. – 2000. – № 5. – С. 46-50. 8. *Здравомыслов Б.В.* Должностные преступления: Учеб. пособ. для студ. ВЮЗИ. – М.: ВЮЗИ, 1956. – 94 с. 9. *Кириченко В.Ф.* Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1959 – 182 с. 10. *Кирпичников А.И.* Взятка и коррупция в России. – С.-Пб.: Альфа, 1997. – 387 с. 11. Кримінальне право України: Особ. ч.: Підручник / За ред. *М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація.* – К.: Юрінком Інтер; Х.: Право, 2001. – 496 с. 12. *Кучерявый Н.П.* Ответственность за взяточничество по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1957. – 186 с. 13. *Мельник М.І.* Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. – К.: Парламент. вид., 2000. – 256 с. 14. *Навроцький*

В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х.: Право, 1998. – Вип. 4 (15). – С. 157-162. **15.** Про судову практику у справах про хабарництво: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р., № 5 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2002. – № 3. – С. 9-16. **16.** *Радачинский С.Н.* Уголовная ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа: Учеб. пособ. – М.: ИКЦ “МарТ”, Ростов н/Д: Изд. центр “МарТ”, 2003. – 144 с. **17.** *Светлов А.Я.* Ответственность за должностные преступления. – К.: Наук. думка, 1978. – 304 с.

Надійшла до редакції 21.10.2005 р.