

ПРОВОКАЦІЯ ХАБАРА: ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ

Кримінальний кодекс України традиційно містить норму, яка передбачає відповідальність за провокацію хабара (ст. 370 КК). Проте у теорії кримінального права та слідчо-судовій практиці й досі не існує єдності думок щодо сутності діяльності провокатора хабара і кваліфікації його дій.

Більшість учених дотримуються позиції, що провокація злочину є підбурюванням до нього, тобто його спеціальним різновидом. Звідси й виділення провокації хабара як самостійного складу злочину ставиться ними під сумнів (Б.В. Здравомислов, О.Я. Светлов та ін.). Прихильники іншого погляду пропонують розглядати провокацію хабара як спеціальний вид зловживання службовим становищем (М.П. Кучерявий). Інші вважають, що провокація хабара не охоплюється поняттям ні службового зловживання, ні підбурювання до давання або одержання хабара і навіть не містить ознак якогонебудь іншого злочину (І.А. Гельфанд). 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.

Відсутність єдності у розумінні сутності провокації хабара призводить і до різної кваліфікації дій провокатора. Вбачається, що вирішення цього питання лежить у площині співвідношення підбурювання до злочину і його провокації.

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. Відповідно до ч. 4 ст. 27 КК підбурювачем є особа, яка схилила іншого співучасника до вчинення злочину. Зіставлення визначень діяльності підбурювача і провокатора свідчить про їх суттєву відмінність, бо не всяке створення обставин та умов вчинення злочину є одночасно підбурюванням до нього і не всякий підбурювач має на меті таке викриття злочинця.

Визначаючи провокацію хабара, законодавець не конкретизує характер або види умов (обставин), що викликають його пропозицію або одержання. Тому можна припустити, що провокація 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 або у безпосередньому впливі на свідомість і волю особи, або 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. Особа ж, яку він провокує, може й не усвідомлювати, що бажання одержати або надати хабара у неї виникло завдяки діям провокатора. Навпаки, у разі підбурювання до злочину співучасник, якого особа схилила до злочину, завжди усвідомлює, 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 тим співучасником, який схильний 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, які або викликають, або лише посилюють в особі рішучість вчинити злочин.

Слід також зазначити, що метою провокаційних дій завжди є наступне викриття особи, яка запропонувала чи одержала хабар, тоді як мета підбурювання до злочину не є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони діяльності підбурювача.

Нарешті, суб'єктом провокації хабара є лише службова особа, тоді як роль підбурювача може виконати будь-яка фізична осудна особа, що досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність.

Викладене 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 і 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 таким чином, що дії винного можуть або містити ознаки підбурювання до хабарництва (тобто виступати спеціальним різновидом підбурювальної діяльності), або бути лише провокацією хабара (тобто створенням умов, що викликають пропозицію або одержання хабара). 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.

Актуальним для слідчо-судової практики, а також не вирішеним у науковій літературі залишається і питання щодо можливості вчинення провокаційних дій особою, яка не є суб'єктом провокації хабара, а виступає лише так званим агентом-провокатором.

У ст. 370 КК встановлено відповідальність за діяння, вчинене службовою особою. Відомо, що диспозиції статей Особливої частини КК містять описання діяльності саме виконавця, бо ним є особа, яка безпосередньо вчинила злочин, передбачений КК (ч. 2 ст. 27 КК). Проте, на наш погляд, діяння, яке описане у диспозиції конкретної статті Особливої частини КК, за своєю юридичною природою може характеризувати не тільки роль виконавця, а й ролі інших співучасників. Тобто описане у диспозиції статті діяння може являти собою організацію, підбурювання або пособництво злочину. Наприклад, виконавцем злочину, передбаченого ст. 304 КК, є особа, яка втягнула неповнолітнього у злочинну діяльність, але за своєю юридичною природою таке діяння є підбурюванням до вчинення злочину. До такого роду діянь належить і провокація хабара, яка по суті є організацією злочину, складовою частиною якої може бути і підбурювання до його вчинення.

Тому, якщо з провокаційною метою службовою особою використовується агент-провокатор (приватна особа), то останній лише сприяє провокації хабара, тобто виступає як пособник вчинення злочину, передбаченого ст. 370 КК.

У науці кримінального права відсутня єдність думок і щодо вирішення питання про відповідальність спровокованої особи. У КК України не передбачено звільнення від кримінальної відповідальності того, хто внаслідок провокаційних дій одержав хабара. Тому навіть якщо особа не сама виявила ініціативу одержати хабар, а це було їй

запропоновано чи навіть нав'язано, така ситуація не виключає наявності складу злочину в діях спровокованої особи. Пленум Верховного Суду України у постанові від 26 квіт. 2002 р. № 5 “Про судову практику у справах про хабарництво” вказує, що 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 (абз. 3 п. 10). На нашу думку, в такій ситуації має місце помилка щодо ознак об'єктивної сторони складу злочину. Особа, яка одержує хабара за умов провокації, вчиняє діяння, у якому містяться лише фактичні, а не юридичні ознаки складу злочину. Саме на цій підставі питання відповідальності хабароодержувача при провокації слід вирішувати за правилами про помилку в об'єктивних ознаках складу злочину (у предметі, у характері діяння). Така помилка не виключає умислу й відповідальності особи, проте в її діях необхідно визнавати наявність лише замаху на вчинення злочину – замаху на дачу-одержання хабара.

Слід мати на увазі, що давання хабара внаслідок провокаційних дій не виключає звільнення від кримінальної відповідальності такого хабародавця за наявності умов, зазначених у ч. 3 ст. 369 КК.