

в себе подвійне завдання і не є одновимірним, тобто не тільки спрямованим на обмеження влади держави, але в той же час право вимагати належних дій самими громадянами для захисту верховенства права (особливо у відношенні один до одного), тоді такий принцип встановлює для держави своєрідну "дилему свободи", що визначається обов'язком діяти з одного боку і обмеженнями дій з іншого. Отже, у європейській правовій державі має бути закріплено, що публічні права повинні перебувати в центрі захисту.

ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ ПІДХОДИ ДО КВАЛІФІКАЦІЇ ПРОВОКАЦІЇ ПІДКУПУ

*Письменна Олена Пилипівна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права та
адміністративного права Донецького національного університету імені Василя Стуса
Мигаєнко Юліан Валентинович,
здобувач вищої освіти Донецького національного університету імені Василя Стуса*

Відповідно до визначення Європейського суду з прав людини, провокація це коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений⁴⁰⁷.

Водночас Кримінальний кодекс України дає визначення провокації підкупу (далі- ПП), як дії службової особи з підбурення особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. При цьому ПП не відноситься до корупційних злочинів.

Отже ЄСПЧ визначає ПП як процесуальне право, а ККУ – як матеріальне.

⁴⁰⁷ Рішення ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 року.

Питання запровадження та існування кримінальної відповідальності за ПП, а також вивчення окремих аспектів її кримінально-правової характеристики були предметом наукових досліджень як вітчизняних так і закордонних.

Серед науковців є дві точки зору на існування ст. 370 КК України. Одні вказують на незаконність і недопустимість використання правоохоронними органами провокації як методу боротьби з корупцією, при цьому зазначаючи, що сучасні технічні засоби, які є на озброєнні оперативних підрозділів, при вмілому їх застосуванні із дотриманням встановленого законом порядку дозволяють без будь-якої провокації виявляти осіб, які намагаються отримати неправомірну вигоду (далі- НпВ)⁴⁰⁸. Радачинський С.М. вказує, що ПП як злочин детермінована хибним розумінням інтересів служби, поєднанням з об'єктивними складнощами доказування НпВ⁴⁰⁹. У цілому, відстоюючи необхідність існування кримінальної відповідальності за ПП, окремі автори вказують на недосконалість її норм, і пропонують свої варіанти їх редакції.

У підтримку існування кримінальної відповідальності за ПП висловлюються і ряд представників правоохоронних органів та органів державної влади. Окремі науковці наголошують на виключенні кримінальної відповідальності за ПП. Таке рішення, як правило, обґрунтовується підвищенням ефективності роботи правоохоронних органів з виявлення посадовців-корупціонерів і притягнення їх до кримінальної відповідальності.

Також є думка що ПП не може бути самостійною статтею ККУ, оскільки є формою співучасті у вчиненні злочину і нагадує підбурювання до вчинення злочину. З цього випливає недопустимість і протиправність використання такого методу. Про такі настрої свідчить і той факт, що в лютому 2010 р. на засіданні Верховної Ради України за підтримку декриміналізації ст. 370 КК України проголосувати тільки 79 із 428 народних депутатів Верховної Ради України, які були присутні на засіданні.

⁴⁰⁸ Водженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией. 2007.

⁴⁰⁹ Радачинский С. Н. Уголовная ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа: учебное пособие. 2003. 144 с.

Аналіз ст.ст. 368, 369 та 370 ККУ свідчить що диспозиція в них аналогічна, ПП без надання НпВ та одержання НпВ, ніколи не можуть бути доведені до кінця. Суб'єктивна сторона ПП характеризується як і

надання і отримання НпВ характеризується виною у формі прямого умислу та спеціальною метою – викриття того, хто надав чи одержав НпВ. Отже є тотожність між ст.ст. 368, 369 та 370 ККУ.

Водночас ЄСПЛ зазначає, що докази отримані внаслідок підбурювання до вчинення злочину (провокації) є порушенням ст.6 «право на справедливий суд» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)⁴¹⁰. Міжнародні документи розглядають провокацію підкупу як вид співучасті. Так, за змістом ст. 27 Конвенції ООН проти корупції та ст. 15 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, держава на рівні національного законодавства повинна вжити таких заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином будь-яку участь у злочині, наприклад в якості співвиконавця, пособника або підбурювача, а також підготовка і замах на вчинення злочину корупційної спрямованості. До того ж аналіз ст. ст. 11 - 16, 26, 27, 370 КК України дає підстави формально вважати ПП співучастю у злочині, яка виявляється у виді підбурювання до вчинення злочину. На користь існування кримінальної відповідальності за ПП свідчить і положення ст. 19 Конституції України, в якій міститься заборона щодо примусу особи робити те, що не передбачено законодавством, і обов'язок органів державної влади і місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законами України. Крім того, відповідно до п. 23 ППВСУ №5 від 26.04.02 «Про судову практику у справах про хабарництво» (далі ППВСУ №5 від 26.04.02), свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування чи одержання хабара, з метою викрити того, хто його дав або одержав (провокація хабара), є закінченим злочином з моменту вчинення зазначених дій

⁴¹⁰ Див рішення у справах «Тексейра де Кастро проти Португалії» (п.п. 35,36) «Худобін проти Росії» (п. 128), «Ван'ян проти Росії» (п.п. 46,47).

незалежно від того, чи було дано або одержано хабар.

Якщо з тією ж метою 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 України.

Про наявність проблем при практичному застосуванні ст. 370 КК України свідчать також данні судової практики. За даними ГПУ з 487133 кримінальних проваджень (далі- КП) зареєстрованих у 2018 році 19909 становлять злочини у сфері службової діяльності (Розділ XVII ККУ) з них відкритих, за ст. 370 ККУ – 52; у яких особам вручено повідомлення про підозру 2; які направлені до суду з обвинувальним актом 0⁴¹¹. На аналогічному рівні знаходяться показники і за попередні роки.

Проблеми застосування ст. 370 КК України впливають і з аналізу п.23 ППВСУ №5 від 26.04.02. На практиці це виливається в значні труднощі щодо встановлення і доказування факту умисного створення службовою особою умов для пропозиції чи надання НпВ. Складність полягає у доказуванні прямого умислу та мети злочинного діяння, які є обов'язковими ознаками цього злочину. Відповідно до ст. 62 Конституції України та ст. 373 КПК України обвинувальний вирок суду не може ґрунтуватись на припущеннях, а всі сумніви щодо вини особи мають тлумачитися на її користь.

Для відмежування ПП від допустимої поведінки правоохоронних органів ЄСПЛ виробив два критерії: а) змістовний критерій; б) процесуальний критерій. При цьому під змістовним критерієм (матеріальним аспектом) розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів (тобто оцінити ситуацію на предмет наявності ознак підбурювання особи до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів), а під процесуальним - наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання із

⁴¹¹ Див https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113281&libid=100820#.

дотриманням принципів змагальності й рівності сторін, (в тому числі щоб секретні агенти та інші свідки, які можуть дати показання з питань підбурювання, були заслухані в суді й піддані захистом перехресному допиту, або щонайменше були надані вагомі підстави, чому такі дії не були виконані).

Таким чином, ПП в сенсі, в якому вона заборонена п. 1 ст. 6 Конвенції, має місце:

- 1) коли відсутні підстави для проведення відповідних заходів;
- 2) коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються пасивним розслідуванням;
- 3) або національні суди нехтують зазначеними вище позитивними зобов'язаннями.

Одним із прикладів встановлення ПП і відповідно скасованих вироків у справі за отримання НпВ з підстав здійснення ПП є Ухвала ВССУ від 02.04.2014 № 5-925км14.

З урахуванням вищевикладеного можна зробити висновки: ПП повинна бути тільки самостійним злочином, необхідно законодавчо визнати ст. 370 ККУ корупційним злочином; викласти ст. 370 КК України, у наступній редакції.

Провокація підкупу, тобто дії службової особи, або особи, яка діє за її вказівкою, з підбурення особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду, за умов що така пропозиція, обіцянка, надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди не була би вчинена в іншому випадку.