Джерело опублікування: Азовські правові читання – 2017: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 28–29 квітня 2017 р. – Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2017. – С. 5–12.

ШАХРАЙСТВО, ВЧИНЕНЕ ШЛЯХОМ НЕЗАКОННИХ ОПЕРАЦІЙ З ВИКОРИСТАННЯМ ЕЛЕКТРОННО-ОБЧИСЛЮВАЛЬНОЇ ТЕХНІКИ

Дудоров О.О.,
д. ю. н., проф.,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри кримінального права та правосуддя
Запорізького національного університету

Карчевський М.В.,
д. ю. н., проф.,
проректор
Луганського державного університету внутрішніх справ
імені Е.О. Дідоренка

У сучасних умовах посягання на власність залишаються одними з найбільш поширених злочинів, що підтверджується даними періодично оприлюднюваної судової статистики. Вагомий внесок у розроблення проблематики кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти власності зробили, зокрема, такі вітчизняні науковці, як Н. Антонюк, Д. Калмиков, П. Матишевський, М. Мельник, М. Панов. Разом з тим чимало питань кваліфікації корисливих злочинів, пов'язаних з оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб, як найбільш розповсюджених злочинів проти власності залишаються дискусійними як у науці, так і на практиці. Одним із цих питань є тлумачення такої передбаченої ч. 3 ст. 190 Кримінального кодексу України (далі – КК) особливо кваліфікуючої ознаки, як вчинення шахрайства шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки (далі – ЕОТ).

Передусім відзначимо, що аналізована ознака має місце тоді, коли вказана операція є способом вчинення шахрайства. Йдеться, наприклад, про внесення неправдивих відомостей до автоматизованої системи банківської установи, розміщення фіктивного повідомлення на електронній дошці оголошень або інтернет-аукціоні, несанкціоноване втручання в роботу бортового комп'ютера транспортного засобу з метою ввести в оману щодо показників одометра. При цьому незаконні операції з використанням ЕОТ слід відрізняти від випадків використання такої техніки як засобу вчинення звичайного (некваліфікованого) шахрайства. Так, використання при шахрайстві фіктивного документа, виготовленого з використанням спеціалізованого програмного забезпечення, не слід розцінювати як шахрайство, вчинене шляхом незаконної операції з використанням ЕОТ. Інакше кажучи, якщо за допомогою такої техніки уможливлюються операції, які цілком можуть здійснюватись за допомогою іншої техніки (набір тексту, виготовлення документа тощо), то розглядувана особливо кваліфікуюча ознака шахрайства відсутня.

Аналізований вид шахрайства може потребувати додаткової кваліфікації за статтями 361–363-1 КК. Зокрема, додаткової кваліфікації за ст. 361 КК вимагає шахрайство, вчинене шляхом ініціювання незаконної транзакції в платіжній системі від імені потерпілої особи, у тих випадках, коли необхідні для транзакції реквізити були отримані за допомогою несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерної мережі (наприклад, шляхом «зламу» електронної поштової скриньки). Проте, ознаки складів злочинів, передбачених статтями 361–363-1 КК, відсутні, якщо винний, не здійснюючи незаконного перекручення або знищення комп'ютерної інформації, не завдаючи іншої шкоди функціонуванню комп'ютерних засобів, використовує їх у штатному режимі. Прикладами таких дій є шахрайство, вчинене з використанням інформаційної системи інтернет-аукціону або електронної дошки оголошень, отримання готівкових грошей у банкоматі за допомогою вкраденої платіжної картки тощо.

Шахрайство, вчинене з використанням платіжних карток або їх реквізитів, має розцінюватись не як крадіжка, а як шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням ЕОТ. Докладне обґрунтування цього положення наводилось нами раніше [1]. Ми виходимо з того, що при вчиненні такого шахрайства обманюється не комп'ютер, а людина, яка використовує комп'ютер для інтенсифікації своєї діяльності. Змінюючи комп'ютерну інформацію, винна особа змінює дійсність, але особа, яка створила або експлуатує комп'ютерну програму, про це не знає, в результаті чого дійсність не відповідає уявленням цієї особи про неї, у зв'язку з чим наявний своєрідний опосередкований обман: неправдиві відомості при ініціюванні платежу фактичним держателем картки повідомляються не безпосередньо банківському службовцю, а через засоби обчислювальної та комунікаційної техніки.

До речі, ст. 8 Конвенції про кіберзлочинність, ратифікованої Законом України від 7 вересня 2005 р., визначає шахрайство, пов'язане з комп'ютерами, як будь-яке введення, зміну, знищення чи приховування комп'ютерних даних, а так само будь-яке втручання у функціонування комп'ютерної системи з шахрайською або нечесною метою набуття, без права на це, економічних переваг для себе чи іншої особи. Принциповим у розглядуваному контексті вважаємо те, що у згаданому міжнародно-правовому документі відповідні дії визнаються саме шахрайством.

Сказане, крім усього іншого, дозволяє стверджувати про безпідставність прирівнювання платіжної картки як засобу доступу до банківського рахунку, використання якого передбачає процедуру авторизації, скажімо, до ключа, за допомогою якого злочинець відкриває замок на приміщенні, де знаходиться майно. Використання банківською установою системи, заснованої на використанні електронних платіжних засобів, фактично є розширенням форм комунікації банку з клієнтами.

Розглядувані посягання на власність означають ініціювання платежів, що не санкціоновані законними держателями карток, і набувають вигляду оплати

товарів і послуг за допомогою платіжних терміналів, спеціалізованих інтернет-сайтів або отримання готівкових грошових коштів із банківських автоматів. Такі злочинні посягання можуть бути поділені на три групи: 1) ті, що вчиняються з використанням справжніх платіжних карток; 2) ті, що вчиняються з використанням підроблених платіжних карток; 3) ті, що вчиняються з використанням реквізитів платіжних карт (без безпосереднього використання самих платіжних карток).

До першої групи злочинів належать посягання, для скоєння яких використовуються викрадені або загублені платіжні картки, а також злочини, вчинювані шляхом недобросовісного використання карток, добровільно переданих їх законними держателями. Незаконне заволодіння чужими платіжними картками (вони не є еквівалентом майна) та пін-кодами до них до моменту фактичного заволодіння за їх допомогою грошовими коштами у випадку встановлення відповідного умислу утворює готування до кваліфікованого (особливо кваліфікованого) шахрайства і підлягає кваліфікації з посиланням на ст. 14 і додатково за ч. 1 або ч. 2 ст. 357 КК.

Вважаємо за доцільне нагадати, що Верховний Суд України (далі – ВС) дав негативну відповідь на питання про визнання важливими особистими документами банківських платіжних карток, мотивуючи свою позицію тим, що банківська платіжна картка за умовами укладеного між установою банку і клієнтом договору є власністю банку і надається держателю в тимчасове користування на час дії договору, після чого підлягає поверненню банку. Як вбачається з постанови ВСУ від 20 червня 2011 р., винесеної у справі Т., первісно засудженого за ч. 3 ст. 357 КК, аргументом на користь невизнання банківської платіжної картки предметом передбаченого цією нормою злочину послугувало і те, що потерпіла відповідно до правил користування карткою при її втраті негайно повідомила про це банк, внаслідок чого викрадені у неї разом з іншим майном платіжні картки були поставлені банками у стоп-лист. Таким чином, істотного ускладнення реалізації прав, свобод і законних інтересів

потерпілої особи не відбулося. Разом з тим ВСУ роз'яснив, що банківська платіжна картка, будучи різновидом офіційних документів, може бути предметом злочинів, описаних у ч. 1 і ч. 2 ст. 357 КК [2].

Посягання, пов'язані з використанням підроблених платіжних карток, означають отримання готівки або оплату товарів чи послуг шляхом ініціювання платежів з карткових рахунків (картрахунків) тих клієнтів банків, платіжні картки яких підробляються (повністю або частково). У таких випадках дії винних осіб потребують додаткової кваліфікації за ст. 200 КК. Однак загалом кваліфікація вчиненого не повинна залежати від того, справжню чи підроблену картку використовує винний. Адже в обох випадках відбувається одне і те саме – ініціювання платежу без дозволу законного держателя платіжної картки і врешті-решт необґрунтоване списання коштів з його картрахунку. Спосіб ініціювання незаконного платежу також не повинен впливати на кваліфікацію, оскільки використання банкомату, платіжного терміналу або Інтернету суті кримінально караного посягання на власність не змінює.

Якщо шляхом використання чужої непідробленої платіжної картки здійснюється незаконне заволодіння грошовими коштами, то вчинене треба кваліфікувати тільки як злочин проти власності (шахрайство). Така ж кримінально-правова оцінка має даватись діям, які полягають у використанні справжньої платіжної картки, отриманої без відома її законного держателя, про якого винний зібрав необхідну інформацію.

Злочини, вчинювані з використанням реквізитів платіжних карток, найчастіше здійснюються шляхом оплати товарів і послуг в інтернет-магазинах за чужий рахунок. У таких випадках зловмисник ініціює платіж шляхом введення реквізитів чужої платіжної картки (номер, прізвище та ім'я законного держателя картки, дата закінчення строку її дії тощо) на сайті спеціалізованої платіжної системи або інтернет-магазину.

Так, ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних

справ від 3 липня 2014 р. було підтверджено правильність кваліфікації за ч. 3 ст. 190 і ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 190 КК дій П.І., який, працюючи адміністратором ресторану та проводячи розрахунки з клієнтом Ц.А. за надані послуги з використанням платіжної картки, з метою заволодіння чужим майном скопіював інформацію про реквізити платіжної картки одного з банків на ім'я Ц.А. У подальшому за допомогою ЕОТ, підключеної до мережі Інтернет, П.І. здійснив декілька незаконних операцій з реквізитами вказаної платіжної картки – сплатив послуги, поповнив рахунки абонентів оператора мобільного зв'язку, придбав картку поповнення рахунку і подарункові сертифікати, чим заподіяв Ц.А. майнову шкоду у розмірі більше 2 тис. грн. Крім цього, П.І. вчинив закінчений замах на заволодіння чужим майном шляхом обману з використанням ЕОТ (невдалі операції з поповнення рахунку абонента оператора мобільного зв'язку та оплати замовлень), однак не довів злочин до кінця з причин, які не залежали від його волі, оскільки банком-емітентом було відмовлено в проведенні операцій [3].

Аналізовані різновиди шахрайства мають такі особливості: 1) направляючи несанкціонований законним держателем картки запит на здійснення платежу та використовуючи існуючу платіжну систему і встановлені в ній правила автоматизованої обробки запитів законних держателів карток, зловмисник обманює банківську установу (банк-емітент) щодо необхідності виконання останнім зобов'язань, обумовлених договором, укладеним між банком і законним держателем картки; 2) внаслідок такого введення в оману банк-емітент здійснює необґрунтоване списання безготівкових коштів з рахунку законного держателя картки, що призводить до заподіяння останньому збитків у вигляді зменшення кількості безготівкових грошових коштів, врахованих на картрахунку; 3) діяння винного у вигляді ініціювання переказу безготівкових грошових коштів і вказані суспільно небезпечні наслідки знаходяться у причинному зв'язку. Момент списання грошових коштів з рахунку законного держателя платіжної картки та їх переказ банку-еквайру не повинен впливати

на кваліфікацію вчиненого шахрайства: останнє має вважатись закінченим з моменту заволодіння коштами, належними еквайру, які є для винного чужими. Реальна можливість розпорядитись безготівковими грошима виникає у винного з моменту зарахування грошей на його банківський рахунок, а в певних випадках – уже в момент обманного списання грошей з рахунку законного власника на рахунок третьої особи (повернення боргу, оплата товарів чи послуг тощо). Шкода власнику грошових коштів заподіюється саме з цього моменту. З погляду вирішення питань кримінально-правової кваліфікації встановлення того, кому саме унаслідок злочинних дій врешті-решт було завдано збитків і хто (наприклад, емітент або страхова компанія) буде їх відшкодовувати, не є принциповим.

Варто відзначити, що диспозицією ч. 3 ст. 190 КК охоплюються далеко не всі посягання на власність, пов'язані з використанням комп'ютерної техніки. Якщо винний здійснює незаконні операції з використанням ЕОТ щодо заволодіння чужим майном без використання обману або зловживання довірою (наприклад, проникає до захищеної електронної системи шляхом знищення захисних кодів), то вчинене не утворює складу злочину «шахрайство». Так, якщо особа вчиняє несанкціоноване втручання в роботу автоматизованої охоронної системи підприємства з метою подальшого вчинення таємного заволодіння майном, то вчинене утворює сукупність злочинів, передбачених ст. 361 і ст. 185 КК. Так само не всі посягання, пов'язані з використанням платіжних систем і банкоматів, можуть кваліфікуватись за ч. 3 ст. 190 КК. Наприклад, достатньо поширеними є випадки заволодіння готівкою, що знаходиться в банкоматі, за допомогою спеціального пристрою («виделки»). Такі дії слід розцінювати як крадіжку. Сказане стосується і випадків таємного заволодіння готівкою шляхом механічного пошкодження банкоматів за допомогою газових різаків, кутових шліфувальних машин, шляхом віджимання задніх дверцят банкоматів тощо.

Насамкінець зауважимо, що досліджувана особливо кваліфікуюча ознака шахрайства не відповідає фактичному рівню розвитку інформаційних відносин. На момент її появи в 2001 р. застосування комп'ютерної техніки для вчинення шахрайства справді могло свідчити про підвищену суспільну небезпеку посягання на власність, адже поширеність систем дистанційного банківського обслуговування була незначною, а користувалися ними лише великі суб'єкти господарювання. Тому ч. 3 ст. 190 КК досить чітко окреслювала коло діянь, які обґрунтовано розглядались як особливо кваліфікований вид шахрайства, близький за ступенем суспільної небезпеки до шахрайства у великих розмірах. Однак стрімкі темпи проникнення інформаційних технологій у фінансову сферу зумовили якісну зміну зазначеного виду шахрайства. Тому доцільно відмовитись від цієї особливо кваліфікуючої ознаки шахрайства, яка на сьогодні має вигляд анахронізму. До того ж висловимо припущення, що наявність цієї ознаки в поєднанні з імперативом «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується» сприяла появі сумнівної, на наше переконання, правозастосовної практики, у межах якої злочини проти власності, вчинювані з використанням платіжних карток або їх реквізитів, нерідко розцінюються як крадіжки. Насправді використання підробленої або чужої платіжної картки (її реквізитів) для протиправного отримання готівки або оплати товарів чи послуг є підстави розглядати як каране за ч. 3 ст. 190 КК шахрайство, вчинене шляхом незаконної операції з використанням ЕОТ, про що йшлось вище. Очевидно, що кваліфікація вчиненого за ч. 3 ст. 190 КК порівняно з інкримінуванням ч. 1 ст. 185 (за відсутності кваліфікуючих ознак) тягне для винної особи більш суворі кримінально-правові наслідки, що навряд чи виправдано і слугує додатковим аргументом на користь нашої пропозиції стосовно відповідного уточнення ч. 3 ст. 190 КК.

Використана література:

1. Карчевський М.В., Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів // Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 1. – С. 97–123.

2. Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 10. – С. 38–41.

3. Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 4. – С. 15–19.