

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ЗАБОРОНА ПРОВОКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

CRIMINAL-LEGAL PROHIBITION OF PROVOCATION OF A CRIMINAL OFFENCE: FOREIGN EXPERIENCE

Гончарова-Парфьонова О.О., аспірантка кафедри кримінального права,
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена дослідженню провокації в кримінальному праві. Відсутність комплексного загального розуміння провокації у кримінальному праві, що відображає її ключові характеристики та особливості, викликає труднощі у правозастосовчій практиці. Автор зазначає, що для створення спільного розуміння цього правового явища необхідно вивчити іноземне законодавство деяких європейських країн, Сполучених Штатів Америки, а також пострадянських держав про криміналізацію провокаційної діяльності.

Відсутність інтегративного розуміння в кримінальному праві провокації кримінального правопорушення, що відображає його різний зміст, дає неоднозначне і не повністю цінне уявлення про розглянуте злочинне діяння, що, звичайно, викликає деякі практичні труднощі при кваліфікації провокаційних дій.

На основі проведеного аналізу законодавства низки зарубіжних країн припускається висновок, що кримінально-правове значення провокації відповідає розумінню сутності «провокації» у США і деяких європейських державах і полягає, головним чином, у окремому випадку фальсифікації доказів. Натомість країни пострадянського простору, незважаючи на те, що використовують у своїх кримінальних законах у найменуванні статей термін «провокація», вкладають у неї абсолютно інший правовий сенс, який не має нічого спільного з цим терміном.

Зауважується, що провокація кримінального правопорушення працівниками правоохоронних органів далеко не у всіх країнах заборонена кримінальним кодексом під страхом покарання. Забороненими методами провокації вважаються лише такі дії такого співробітника, які спрямовані на спонукання людини, яка не має злочинного наміру, вчинити кримінальне правопорушення. Якщо особа вчинила кримінально каране діяння унаслідок тривалих умовлянь, інтенсивного та наполегливого впливу провокатора, то вона звільняється від кримінальної відповідальності за скоєне посягання.

Ключові слова: провокація кримінального правопорушення, кримінальна заборона, кримінальне законодавство зарубіжних країн, кримінальна відповідальність, провокація кримінального правопорушення, вчинена працівником правоохоронного органу.

The article is devoted to the study of provocation in criminal law. The lack of a comprehensive general understanding of provocation in criminal law, reflecting its key characteristics and features, causes difficulties in law enforcement practice. The author notes that in order to create a common understanding of this legal phenomenon, it is necessary to study the foreign legislation of some European countries, the United States of America, as well as post-Soviet states on the criminalization of provocative activities.

The lack of integrative understanding in criminal law of provoking a criminal offense, reflecting its different content, gives an ambiguous and not completely valuable idea of the criminal act in question, which, of course, causes some practical difficulties in qualifying provocative actions.

Based on the analysis of the legislation of a number of foreign countries, it is concluded that the criminal and legal significance of provocation corresponds to the understanding of the essence of «provocation» in the United States and some European states and consists mainly in a separate case of falsification of evidence. Instead, post-Soviet countries, despite the fact that they use the term «provocation» in their criminal laws in the names of articles, put into it a completely different legal meaning that has nothing to do with this term.

It is noted that the provocation of a criminal offense by law enforcement officers is not prohibited in all countries by the criminal code under penalty of punishment. Prohibited methods of provocation are considered only such actions of such an employee, which are aimed at encouraging a person who does not have a criminal intention to commit a criminal offense. If a person has committed a criminal act as a result of prolonged persuasion, intense and persistent influence of the provocateur, he is released from criminal liability for the encroachment.

Key words: provocation of a criminal offense, criminal prohibition, criminal legislation of foreign countries, criminal liability, provocation of a criminal offense committed by a law enforcement officer.

Постановка проблеми. Однією з дискусійних проблем, що обговорюється в теорії кримінального права та має важливе практичне значення, є проблема відповідальності за провокацію кримінального правопорушення. Вивчення зарубіжного досвіду кримінально-правової боротьби з провокацією кримінальних правопорушень дасть змогу ґрунтовніше пізнати правову природу та заходи кримінально-правового реагування на таку поведінку.

Порівняльно-правовий метод дослідження сприяє народженню ідей та аргументів, які інколи не можна отримати навіть за дуже хорошого знання тільки вітчизняного права. Тож вельми цікавим є розуміння сутності провокації кримінального правопорушення в інших державах, оскільки аналіз зарубіжного законодавства дасть змогу всебічно вивчити правову природу інституту провокації в національному кримінальному праві.

Стан наукового дослідження. Серед вчених, роботи яких присвячені дослідженню проблеми кримінальної відповідальності за провокацію кримінального правопорушення, можна виділити: О.І. Альошину, С.А. Бабич, О.В. Говорухину, М.І. Мельника, В.О. Навроцького,

Л. Аббасову, О.О. Дудорова, Д.В. Каменського, Т.Ф. Марченко, Б.М. Мирка, М.А. Шепотько та ін.

Метою даної статті є аналіз особливостей кримінально-правової заборони провокації кримінального правопорушення за законодавством зарубіжних країн.

Виклад основного матеріалу. Пропонується провести аналіз зарубіжного досвіду з поділом законодавства інших країн на дві групи: англо-саксонської системи права (США) та романо-германської системи права (Німеччина, Іспанія), зокрема й країн колишніх союзних республік СРСР.

Так, кримінальна відповідальність у США передбачається федеральним законодавством (Звід законів США) і кримінальними кодексами штатів. У Примірному кримінальному кодексі США, підготовленому інститутом американського права як рекомендаційна модель для розроблення кримінальних кодексів штатів, закріплено доволі чітке правове визначення провокаційної діяльності: «Публічна особа, яка здійснює виконання закону, або особа, яка діє у співпраці з такою службовою особою, вчиняє провокацію, якщо з метою одержання доказів скоєння посягання вона здійснює провокацію» [1, с.167].

Водночас кримінальне законодавство деяких штатів у низці випадків надає можливість кадровим співробітникам спецслужб впроваджуватися в операцію як співучасник. Розрізняючи правомірну і неправомірну провокацію, Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк у § 40.05 ст. 40 закріплює, що «у будь-якому переслідуванні за посягання стверджувальним захистом є те, що обвинувачений здійснив заборонену поведінку внаслідок того, що його спонукав або підбурював до цього публічний службовець чи особа, яка діє разом із публічним службовцем, який прагне отримати докази проти нього, з метою кримінального переслідування, і, якщо способи одержання доказів були такими, що з спонукування або підбурювання до вчинення посягання означає активне спонукування або підбурювання. Поведінка, якою просто надається особі можливість вчинити посягання, не становить втягнення в «пастку» [2, с. 116].

Таким чином, передбачаючи систему критеріїв правомірності провокації, законодавством встановлено можливість провокувати осіб, схильних до вчинення кримінального правопорушення. Відсутність чіткої межі між правомірною та неправомірною провокацією у праві США, представляє певні труднощі для захисту підсудного, який доводить факт «втягнення в пастку». Посилання на неправомірну провокацію може мати силу лише в тому випадку, якщо буде встановлено, що співробітник спецслужб чинив тиск, спонукаючи обвинуваченого скоїти це кримінальне правопорушення. Зі свого боку, опинившись у вельми скрутному становищі, спровокована особа зобов'язана довести, що без такого тиску не порушила би закон.

У разі встановлення неправомірної провокації особа, яка їй піддалася, звільняється від кримінальної відповідальності. На практиці вирішити питання про те, чи виходив намір вчинити злочин від поліції, чи від самого підсудного, зазвичай дуже важко. Закріплюючи загальну норму, що забороняє провокацію будь-якого кримінального правопорушення, кримінальне право США не передбачає відповідальності власне провокатора. Верховний Суд США вказує на нетерпимість провокації, роблячи акцент на правовому становищі спровокованої особи. Залежно від того, мала місце правомірна провокація чи ні, визначається відповідальність тієї особи, яка піддалася на вчинення кримінально караного діяння.

Заборона на вчинення подібних дій міститься в багатьох кримінальних кодексах європейських країн. Так, в Австрії, Данії та Німеччині встановлено відповідальність за підбурювання до вчинення та схвалення заборонених під загрозою покарань діянь незалежно від статусу та рангу потерпілого.

Згідно з Кримінальним кодексом Іспанії, ухваленим у 1995 році, під провокацією розуміють безпосереднє спонукування особи до вчинення кримінального правопорушення за допомогою преси, радіо або іншого засобу подібної дії, що сприяє оголошенню інформації, або перед скупченням народу [3, с. 34].

На відміну від дій, які називаються провокацією у праві України та деяких зарубіжних країнах, сутність провокації за кримінальним законодавством Іспанії полягає в публічному підбурюванні інших осіб до вчинення кримінального правопорушення.

Спеціальної норми, що передбачає відповідальність за провокацію кримінальних правопорушень, у Кримінальному кодексі Німеччини немає. Водночас із провокацією нерідко стикається кримінальна поліція, у роботі якої головне не запобігання, запобігання чи розкриття кримінальних правопорушень, а так зване орієнтування у злочинному середовищі. «Не реагувати, а випереджати, не вичікувати коли на стіл ляжуть повідомлення про кримінальне правопорушення, а активно втручатися в кримінальні події, конспіративно проникати в середовище

можливих злочинців, слідкувати, якщо треба провокувати, у всіх випадках вербувати» [4, с. 168].

Відповідно до відомих нормативних актів, які чинні у німецькому законодавстві, під провокацією розуміють «прагнення змусити фігуранта, який готується до злочину, діяти в не вигідних для себе умовах, і тим самим полегшити завдання із затримання і викриття правопорушника» [5, с. 212].

Підстави та умови проведення подібних заходів також детально регламентовані такого роду відомчими нормативними актами. Так, згідно з посібником працівників поліції оперативному співробітнику під страхом персональної відповідальності заборонено залучати до співпраці на власний розсуд агента-провокатора. Питання про його допустимість у кожному конкретному випадку має вирішувати начальник кримінальної поліції за погодженням із прокурором. Специфіка провокації в Німеччині полягає в тому, що за законодавством агент за вчинення провокаційних дій зазвичай не підлягає кримінальній відповідальності, оскільки вважається, що він прагне не кінцевого результату кримінального правопорушення, а лише його спроби вчинення та з метою запобігання більш небезпечним наслідкам.

Притягнення або звільнення від відповідальності провокатора здійснюється на розсуд суду. Провокацію з боку правоохоронних органів розглядають як пом'якшувальну обставину, а внаслідок неї вчинений спровокованим тяжке кримінальне правопорушення визнають посяганням середньої тяжкості, оскільки його вчиняють під контролем поліції. При цьому допустимими вважаються ті дії, які мають на меті викрити вже підозрюваних у скоєнні кримінально караного діяння осіб. Іншими словами, є обґрунтовані припущення, що особа і без провокації вчинить протиправну дію. Метою провокації в даному випадку є лише спрямування перебігу злочину у вигідне для виявлення доказів русло. Спровокованого злочинця не піддають кримінальному переслідуванню тільки в тому разі, якщо агент-провокатор «шляхом багаторазових, тривалих умовлянь, інтенсивного, наполегливого впливу так сильно впливав на нього, що на тлі цієї провокативної поведінки агента власний внесок злочинця у справу відходить на задній план» [6, с. 45].

Довести в судовому засіданні подібного роду вплив дуже не просто, оскільки немає, і не може бути чітких критеріїв визначення ступеня цього впливу. Неврегульованість кримінальним законодавством провокаційних дій, як з боку правоохоронних органів, так і приватних осіб, призвела до виникнення непослідовної і суперечливої судової практики у вирішенні цього питання. Так, Федеральний Конституційний Суд у виняткових випадках, «беручи до уваги гідність людини та принципи правової держави», вважає за можливе припинення судового розгляду за обвинуваченням особи, яка піддалася на провокацію. Федеральний Верховний Суд Німеччини останнім часом дотримується думки, що така провокація в кожному конкретному випадку має розцінюватися лише як вагома, незалежна від вини підстава для визначення розміру покарання. Кримінальному законодавству держав-учасниць СНД провокація підкупу була відома ще з 20-х років ХХ століття [7].

Досить серйозно до законодавчого закріплення відповідальності за провокацію кримінального правопорушення підходить Франція. Перш за все, французьке кримінальне законодавство згадує про провокацію в той момент, коли описує інститут співучасті. Згідно з абз. 2 ст. 121-7 КК Франції підбурювання може бути реалізовано за допомогою двох способів: за допомогою провокації або дачі вказівок. Примітно, що далеко не у всіх випадках провокація буде однією з форм співучасті. Для цього необхідна наявність таких умов. По-перше, провокацію має бути здійснено або способами, які позначені в ст. 121-7 КК Франції

(погрози, обіцянки, вимоги), або з наданням предметів, зазначених у цій самій статті (наприклад, подарунків). По-друге, обов'язковим є факт того, що провокація прямим чином має бути адресована виконавцю і спонукати його до вчинення злочину. По-третє, провокація так чи інакше має призвести до злочинного результату. Тут слід зазначити, що французький законодавець проявив досить диференційований підхід до встановлення кримінальної відповідальності залежно від тієї стадії, на якій було закінчено провокаційну діяльність, а саме: чи досягла провокація своїх злочинних результатів. Приміром, у ст. 412-8 КК Франції покарання за провокування самоозброєння проти державної влади або частини населення призначається з урахуванням того, чи досягла результатів провокація [8, с. 67].

Однак є у французькому кримінальному законодавстві й винятки. Йдеться про факти провокації кримінальних правопорушень, що містяться в гл. I КК Франції «Про зраду і шпигунство», у разі вчинення яких, покарання від того, досягла провокація злочинних результатів чи ні, не залежить. До злочинів, що знаходяться в цьому розділі, належать, наприклад, діяння, пов'язані з передачею певної значущої інформації іноземній державі, саботажем тощо. Так от, у ст. 411-11 встановлено відповідальність за діяння, яке виразилося в безпосередньому провокуванні вчинення будь-якого зі злочинів, включених до гл. I КК Франції, та яке скоєно шляхом обіцянок, пропозицій, тиску, погроз або побоїв [9, с. 87]. Важливим положенням цієї статті є вказівка на необхідність притягнення до кримінальної відповідальності винного і в разі, якщо провокація не призвела до результату внаслідок обставин, не залежних від провокатора.

Слід зазначити досвід Казахстану в протидії провокації підкупу або комерційного підкупу кримінально-правовими засобами. Раніше чинне казахське кримінальне право 1997 року містило статтю, яка позначала разом з провокацією комерційний підкуп як злочинне діяння і провокацію будь-якого кримінального правопорушення [10].

Відповідальність за провокацію підкупу в державному або приватному секторі також встановлюється і в деяких інших країнах пострадянського простору: Киргизстан, Таджикистан, Казахстан та інших. Однак, незважаючи на офіційну заборону на використання провокацій, правоохоронні органи наділені дуже цікавим правом - тобто правом

«заохочувати хабарництво». Суть його в тому, що як тільки правоохоронцям стане відомо про нинішній або майбутній факт неправомірної вигоди, вони «приєднуються» до кримінального правопорушення або як агенти під прикриттям, або через особу, яка проводить співрозслідування, з метою зловити злочинця на гарячому «(інфлагранте)». Водночас відмінність між провокацією та законним заохоченням корупції настільки вузька, що держави зобов'язані встановити чіткі правила та процедури використання цих інструментів у боротьбі з корупцією.

Висновки. Таким чином, проведений нами аналіз законодавства низки зарубіжних країн дає змогу дійти такого висновку: кримінально-правове значення провокації відповідає розумінню сутності «провокації» у США і деяких європейських державах і полягає, головним чином, у окремому випадку фальсифікації доказів. Своєю чергою країни пострадянського простору, незважаючи на те, що використовують у своїх кримінальних законах у найменуванні статей термін «провокація»,кладають у неї абсолютно інший правовий сенс, який не має нічого спільного з цим терміном.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що провокація кримінального правопорушення, як діяльність співробітників правоохоронних органів і секретних служб, далеко не у всіх країнах заборонена кримінальним кодексом під страхом покарання. Забороненими методами провокації вважаються лише такі дії співробітника спецслужб, які спрямовані на спонукання людини, яка не має злочинного наміру, вчинити кримінальне правопорушення. Якщо особа вчинила кримінально каране діяння внаслідок тривалих умовлянь, інтенсивного та наполегливого впливу провокатора, то вона звільняється від кримінальної відповідальності за скоєне посягання. Стикаючись із проблемою провокаційної діяльності, кожна держава повинна вжити всіх необхідних заходів для правового врегулювання такого роду відносин, оскільки допущення провокації в роботі працівників правоохоронних органів з метою боротьби з різними видами кримінальних правопорушень породжує свавілля влади по відношенню до громадян. Провокаційна діяльність сама по собі не може бути правомірною, оскільки від самого початку полягає в скоєнні дій, спрямованих проти окремих осіб або їхніх груп, з метою викликати відповідну дію, яка тягне за собою негативні для них наслідки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Примірний кримінальний кодекс США. Офіційний проект інституту американського права. Київ, 1969.
2. Кримінальне законодавство України та зарубіжних країн: порівняльні таблиці статей (параграфів) Загальної частини Кримінального кодексу України 2001 року та Кримінальних кодексів зарубіжних країн для студентів II курсу першого (бакалаврського) рівня вищої освіти галузі знань 29 «Міжнародні відносини» спеціальності 293 «Міжнародне право» / уклад.: С. О. Харитонов, О. О. Володіна, В. В. Гальцова та ін. 2-ге електрон. вид., перероб. та допов. Харків: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2021. 450 с.
3. Кримінальний кодекс Королівства Іспанія /під ред. В. Л. Менчинського; пер. на укр. мову О. В. Лішевської. Київ: ОВК, 2016. 284с.
4. Карне законодавство ФРН /пер. А. І.Зігора. Київ: ВАІТЕ, 2016. 408с.
5. Орловський Р. С. Форми співучасті в кримінальному законодавстві зарубіжних країн. *Право і суспільство*. 2014. № 6-1. С. 210–217.
6. Кримінальне право зарубіжних країн : навчально-методичний посібник / Грушко М.В., Волощук О.Т., Колесник В.Ю. Одеса: Фенікс, 2021. 221 с.
7. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2007. 204 с.
8. Кримінальний кодекс Французької Республіки /під ред. В. Л. Менчинського; пер. на укр. мову К. І. Мазуренко. Київ: ОВК, 2017. 348с.
9. Красницький І.В. Поняття, підстави та форми кримінальної відповідальності за кримінальним правом Франції та України: порівняльний аналіз. дис. канд. юрид. наук. Львів, 2005. 220 с.
10. Кримінальний кодекс Республіки Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252