

ПРОВОКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ І ПЕРСПЕКТИВИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

PROVOCATION OF A CRIME AND CRIMINAL LAW PROSPECTS

Дудоров О.О., д.ю.н., професор,
професор кафедри кримінально-правової політики
та кримінального права навчально-наукового інституту права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Статтю присвячено аналізу положень проекту нового Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 14 липня 2022 р.), присвячених регламентації провокаційної поведінки та її правових наслідків. Наголос зроблено на порівнянні змісту цих положень і попередніх варіантів розроблюваного документа. Констатовано перманентне оновлення проекту у вказаній частині.

Встановлено, що у проекті знайшов втілення концепт «поліцейської» провокації. При цьому документу притаманна невизначеність з питання про кримінально-правове реагування на провокаційну поведінку суб'єктів, відмінних від правоохоронців та осіб, які діють за їхнім завданням. Відзначено, що така мета провокації, як застосування до спровокованої особи кримінально-правових засобів, зорієнтована на широкий суб'єктний склад провокації. Висловлено думку про те, що ухвалення проекту як закону не покладе край дискусіям стосовно юридичної природи провокації кримінального правопорушення.

Піддано критичному аналізу положення проекту про невизнання провокацією злочину виявлення прокурором чи службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особи наміру на вчинення певного злочину і надання їй можливості вчинити його під контролем прокурора чи органу правопорядку, який здійснюється відповідно до закону. Зокрема, з'ясовано, хоч це положення і перегукується з позицією Європейського суду з прав людини щодо правомірності пасивного розслідування злочину, воно навряд чи адекватно відображає те, що фактично відбувається під час проведення контролю над вчиненням злочину як негласної слідчої (розшукової) дії. Запропоновано у відповідній нормі проекту вказати на створення службовою особою органу правопорядку обстановки, потрібної для реалізації виявленого наміру вчинити злочин (варіант: використати інше подібне (узагальнене) формулювання, яке дозволить охопити активності, що становлять зміст різних форм контролю за вчиненням злочину).

Доведено, що питання про застосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, спровокованого правоохоронцями та їхніми агентами, потребує кваліфікованого вирішення не лише в контексті допустимості (недопустимості) доказів, на що орієнтує Європейський суд з прав людини, а й, зокрема, з урахуванням тяжкості вчиненого кримінального правопорушення.

Ключові слова: провокація, злочин, підбурювання, співучасть, проект Кримінального кодексу України, кримінальна відповідальність, покарання, контроль за вчиненням злочину, докази.

The article is devoted to the analysis of the provisions of the draft of new Criminal Code of Ukraine (control text as of July 14, 2022), devoted to the regulation of provocative behavior and its legal consequences. Emphasis has been placed on the comparison of the content of these provisions and previous versions of the document under development. A permanent renewal of the project in the specified part has been established.

It has been established that the concept of "police" provocation has been embodied in the project. At the same time the document is inherently uncertain about the criminal law response to the provocative behavior of entities other than law enforcement officers and persons who act on their behalf. It has been noted that such purpose of provocation as application of criminal law means to the provoked person, is aimed at a broad subject composition of provocation. The opinion has been expressed that the adoption of the project as a law will not put an end to discussions regarding legal nature of a criminal offense provocation.

The provision of the project on not recognizing as provocation the crime of detection by a prosecutor or an official of a law enforcement agency of a person's preexisting intention to commit a certain crime and also giving him opportunity to commit it under the supervision of a prosecutor or a law enforcement agency, which is carried out in accordance with the law, has been subjected to a critical analysis. In particular, it has been clarified that although such provision echoes the position of the European Court of Human Rights regarding the legality of passive investigation of a crime, it hardly adequately reflects what actually happens during control over the commission of a crime as an undercover investigative (search) action. It has been suggested to indicate in the corresponding norm of the project that an official of a law enforcement agency creates the situation necessary for the realization of the revealed intention to commit a crime (as an option: to use another similar (generalized) wording that will allow to cover activities, which constitute the content of various forms of control over the commission of a crime).

It has been proven that the issue of applying criminal law means to a subject provoked by law enforcement officers and their agents requires a qualified solution not only in the context of the admissibility (inadmissibility) of evidence, which the European Court of Human Rights focuses on, but also, in particular, taking into account gravity of the committed criminal offense.

Key words: provocation, crime, incitement, complicity, draft of the Criminal Code of Ukraine, criminal liability, punishment, control over the commission of a crime, evidence.

Попри зумовлене агресією РФ проти України зосередження уваги фахівців до тематики «воєнних» оновлень Кримінального кодексу України (далі – КК), Робоча група з питань розвитку кримінального права, утворена рішенням Президента України 7 серпня 2019 р. у складі Комісії з питань правової реформи (далі – Робоча група), продовжує свою почесну і трудомістку діяльність з написання та вдосконалення положень проекту нового Кримінального кодексу України (далі – проект). На момент підготовки цієї статті до друку на відповідному сайті для вивчення й оцінки розміщено контрольний текст проекту станом на 14 липня 2022 р. [1].

Свого часу я вже здійснив розгорнутий аналіз положень однієї з первісних версій проекту (контрольний текст станом на 15 жовтня 2020 р.), присвячених провокаційній поведінці та її правовим наслідкам, спробувавши з'ясувати, наскільки Робочою групою взяті до уваги здо-

бутки кримінально-правової науки, правові позиції ЄСПЛ і законодавство України про негласні заходи, а також чи сприятиме втіленню проекту унормування зазначеної поведінки вирішенню правозастосовних проблем. З-поміж іншого наголошувалося на тому, що не продумані ретельно формулювання перспективного кримінального закону, які, зокрема, не повною мірою враховують специфіку протидії злочинності в умовах чинності Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» і Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), можуть поставити у незручне становище оперативні підрозділи правоохоронних органів, звести їхню роботу з викриття злочинів (особливо латентних) нанівець [2, с. 14–56]. Досліджували проект у вказаній частині й інші науковці, зокрема В. Антипов [3, с. 101–103] і В. Веретянников [4, с. 60–63]. Водночас слід мати на увазі те, що Робоча група, частково сприймаючи конструктивну критику і намагаючись від-

шукати варіант вираженого законодавчого врегулювання контроверсійної проблеми провокації злочину, час від часу змінює текст розроблюваного нею документа.

Відтак *метою* пропонованої статті є аналіз проекту (контрольний текст станом на 14 липня 2022 р.) у частині регламентації провокаційної поведінки та її правових наслідків із наголосом при цьому на порівнянні його змісту з відповідними положеннями попередніх варіантів проекту.

Розпочати вважаю за доцільне з констатації того, що назва розділу 2.7 проекту «Співучасть у кримінальному правопорушенні. Причетність до злочину» не повною мірою відображає його зміст. Якщо керуватись логікою членів Робочої групи, то варто: або прибрати з назви цього розділу згадування про причетність до злочину, «суміжну» щодо співучасті у кримінальному правопорушенні (далі – к. пр.); або доповнити назву розділу 2.7 проекту вказівками на так само відмінні від співучасті у к. пр. провокацію злочину і необережне спільне спричинення наслідку, передбаченого КК (однак у такому разі назва розділу стане не виправдано громіздкою, через що перший варіант видається більш вдалим).

У ч. 1 ст. 2.7.4 проекту зазначається, що не є співучастью провокація злочину, тобто спонукання особи до вчинення злочину прокурором, службовою особою органу правопорядку або особою, яка діє за їх завданням, з метою застосування до спровокованої особи кримінально-правових засобів. Як бачимо, розробники проекту послідовні у своєму прагненні законодавчо виокремити фігуру провокатора, заперечивши в такий спосіб традиційний у науці і втілений у чинному законодавстві (ст. 370 КК, ч. 3 ст. 271 КПК), а також у сьогоденнішому правозастосуванні підхід, у межах якого поведінка провокатора визнається видом підбурювання до к. пр. Звісно, можна продовжувати дискутувати щодо переконливості і несуперечливості обстоюваної авторами проекту позиції, однак вона, щонайменше з практичної точки зору, видається прийнятною. Водночас ознайомлення з ч. 1 ст. 2.7.4 і пов'язаними з нею положеннями проекту наводить на такі міркування.

Якщо «вдале» спонукання особи до вчинення злочину задія застосування до неї кримінально-правових засобів буде вчинено не прокурором, службовою особою органу правопорядку або особою, яка діє за їхнім завданням, то кримінальна відповідальність (треба так розуміти) наставатиме на загальних підставах – за підбурювання до злочину, бо визначення поняття підбурювача (ч. 5 ст. 2.7.2 проекту) охоплює і провокаційну поведінку. З цієї норми проекту випливає, що підбурювач може діяти, керуючись різною мотивацією та переслідуючи різні цілі; і однією з них, вочевидь, може виступати викриття порушника кримінально-правової заборони, застосування щодо нього кримінально-правових засобів. Зроблене припущення, однак, не виглядає безспірним з огляду на те, що підбурювач – це вид співучасника, а співучасть у к. пр. визначається як спільне вчинення умисного к. пр. двома або більше його суб'єктами *за змовою* між ними, досягнутою усно, письмово чи шляхом конклудентних дій до моменту закінчення такого правопорушення (ч. 1 ст. 2.7.1 проекту). Сумніваюсь у тому, що доречно вести мову про змову між провокатором злочину і спровокованим суб'єктом. Пригадується, як свого часу В. Навроцький, аргументуючи положення про легалізацію контрольованої пропозиції хабара як засобу боротьби з корупцією, писав з-поміж іншого про відсутність у цьому разі притаманної співучасті сумісності посягання [5, с. 158–160]. Крім цього, самі розробники проекту наголошують на відмінності провокації злочину (щоправда, лише «поліцейської») від співучасті у к. пр. Висновок про відмінність між провокатором злочину і підбурювачем к. пр. випливає і зі ст. 2.6.5 проекту «Добровільна відмова при співучасті та провокації».

Як наслідок, постають питання, чи не призведе закріплення вказівки на «спеціального» суб'єкта провокації злочину (а така вказівка з'явилась лише у контрольному тексті проекту станом на 18 лютого 2022 р.) до прогалин у законодавчій регламентації «неполіцейської» провокації і чому остання не потребує предметного відбиття у перспективному кримінальному законі? Лише тому, що на практиці на підставі відповідних правових позицій ЄСПЛ зазвичай розмежується провокаційна поведінка правоохоронців, з одного боку, і здійснюваний ними дозволений (правомірний) контроль за вчиненням злочину, з іншого? Створюється враження, що в частині «неполіцейської» провокації розробники проекту поділяють традиційний підхід, згідно з яким «жодних обґрунтованих доводів щодо необхідності виокремлення провокатора як окремого виду співучасника в юридичній науці надано не було» [6, с. 160]. Вже навіть зі сказаного зрозуміло, що ухвалення проекту як закону не покладе край дискусіям стосовно юридичної природи провокації к. пр.

Висловлю припущення, що аналізований крок членів Робочої групи може бути зумовлений їхнім загалом схвальним прагненням узгодити між собою положення Загальної та Особливої частин проекту. Про що йдеться? Ч. 3 ст. 2.7.4 проекту, пропонуючи вирішення питання про кримінальну відповідальність провокатора, відсилає до ст. 8.2.20 проекту, в якій фігурує спеціальний суб'єкт провокації злочину як одного з к. пр. проти сприяння правосуддю та діяльності органів правопорядку (прокурор, службовею особою органу правопорядку, особа, яка діє за їх завданням). Отже, розробники проекту позитивно відреагували на пропозицію при доопрацюванні розділу проекту, присвяченого посяганням на правосуддя, повернутись до питання про доцільність включення до нього статті про провокацію злочину, розрахованої на службових осіб органів правопорядку, й усунення тим самим фрагментарності, притаманної ст. 370 чинного КК («Провокація підкупу») [2, с. 26–28, 46–47]. Подібний шлях вдосконалення кримінального закону обстоює чимало вітчизняних науковців (О. Альошина, Д. Каменський, В. Навроцька та ін.).

Щоправда, в юридичній літературі зустрічається пропозиція встановити самостійну кримінальну відповідальність за провокацію злочину, вчинену загальним суб'єктом. Наприклад, О. Грудзур писав, що загальний суб'єкт може спровокувати підкуп, адже для цього не обов'язково використовувати службові чи владні повноваження, авторитет займаної посади або службове становище, завдавши шкоду як основному так і додатковому об'єкту злочину, передбаченого ст. 370 КК. Діяння, вчинені таким суб'єктом, не характеризуються меншим ступенем суспільної небезпеки, ніж ті, які вчиняються службовою особою. Пояснюється це тим, що і в першому, і в другому випадках давання чи одержання хабара (наразі – неправомірної вигоди) зумовлюється штучно створеними обставинами, які не відрізняються за своїм змістом [7, с. 126–128]. Імпонує викладена пропозиція П. Андрушку [8, с. 285] і Б. Мирку [9, с. 12, 211]. Тезу про перспективність відмови від казуїстичної кримінально-правової заборони і такого собі радянського спадку (ст. 370 КК) на користь універсальної заборони, присвяченої провокації будь-якого к. пр., в якій би фігурував саме загальний суб'єкт, аргументує В. Веретяніков [4, с. 23–24, 144, 216]. В. Комар так само висловлюється за доповнення розділу XVIII Особливої частини КК нормою про відповідальність за провокацію злочину, в якій би йшлося про схиляння загальним суб'єктом особи до вчинення злочину, щоб потім її викрити [10, с. 87].

Питання, ознаки якого суб'єкта – загального чи спеціального – мають *de lege ferenda* фігурувати у тій частині статті кримінального закону, яка описуватиме основний склад провокації злочину як посягання на правосуддя, потребує окремого розгляду і кваліфікованого розв'язання на підставі вчення про криміналізацію. У будь-якому разі

складно оцінити схвально притаманні проєкту: 1) підпорядкованість суб'єктного складу провокації к. пр. як субінституту Загальної частини проєкту його Особливій частині; 2) невизначеність з питання про кримінально-правове реагування на провокаційну поведінку (причому як вдалу, так і невдалу) суб'єктів, відмінних від правоохоронців та осіб, які діють за їхнім завданням.

Позначення мети провокації у попередніх варіантах проєкту (подаліше викриття спровокованої особи перед органами правопорядку) критикувалось мною на тій підставі, що відповідним визначенням не охоплюється провокаційна діяльність співробітників органів правопорядку. Адаже логічно було припустити, що прагнути викрити суб'єкта перед органами правопорядку можуть лише ті особи, які самі не уособлюють такі органи. З урахуванням наскрізного використання у проєкті (для позначення кримінально-правових наслідків вчиненого злочину) певного терміну мету провокації я пропонував (як один із можливих варіантів) позначити як застосування до спровокованої особи кримінально-правових засобів [2, с. 24–25]. Розробники проєкту сприйняли цю пропозицію, проте, як вже зазначалось, не врахували того, що згадану мету, явно орієнтовану на широкий суб'єктний склад провокації, можуть переслідувати не лише правоохоронці та їхні агенти.

До слова альтернативне згадування у ч. 1 ст. 2.7.4 проєкту про особу, яка діє за завданням правоохоронців, загалом сприймається позитивно. Адаже провокаційні дії фактично може вчиняти, наприклад, той, хто залучений до контролю за вчиненням злочину на засадах конфіденційного співробітництва. Щоправда, формулювання проєкту, виправдане не створюючи перешкод для залучення осіб, які конфіденційно співпрацюють з правоохоронцями у викритті латентних злочинів, допускає, що такі особи можуть вчиняти провокацію як через виконання розпоряджень своїх «кураторів» (і така ситуація «вписується» в концепт «поліцейської» провокації, втілений у проєкті), так і з власної ініціативи (в останньому випадку конфіденти діють як приватні особи, а це означає вихід за межі згаданого концепту).

В юридичній літературі висувається пропозиція доповнити ч. 3 ст. 271 КПК таким визначенням: «Провокуванням (підбурюванням) особи є свідомий активний вплив уповноважених суб'єктів організації та проведення негласних розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій або інших осіб, залучених у встановленому законом порядку до їх проведення, на певну особу з метою схилення її до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений, та подальше викриття цієї особи» [11, с. 169, 183]. Перевагою наведеного визначення вважаю згадування у ньому про відмінних від правоохоронців осіб, залучених у встановленому законом порядку до проведення НС(Р)Д, як тих, хто спроможний вчинити провокацію злочину, а недоліками – визнання складовою провокації злочину подальшого викриття особи (насправді це є метою провокації злочину) і розуміння схилення особи до вчинення злочину як мети провокації (фактично це – суть (зміст) провокаційної поведінки, а не її мета).

Ще один зобов'язаний аспект, пов'язаний із визначенням суб'єктного складу провокації злочину, – непряма провокація. В одному з рішень ЄСПЛ з'ясував питання про суть і наявність непрямої провокації, здійсненої поліцією, тобто провокації, коли особа безпосередньо не контактує з працівником поліції, який працює під прикриттям, однак залучається до вчинення злочину співучасником, якого на його вчинення безпосередньо спровокували органи поліції. ЄСПЛ навів тест для оцінки непрямої провокації: 1) чи було передбачуваним для поліції те, що особа, яка безпосередньо схиляється до вчинення злочину, контактуватиме з іншими особами для участі у злочині; 2) чи визначалась діяльність цих осіб також поведінкою поліцейських; 3) чи розглядали національні суди цих осіб як співучасників

злочину [12]. Співучасника злочину, якого безпосередньо спровокував правоохоронець та який, своєю чергою, спонукав вчинити злочин іншу особу, немає підстав визнавати (якщо використати термінологію проєкту) особою, яка діє за завданням прокурора чи службової особи органу правопорядку. З іншого боку, чи не можна говорити у цьому разі про те, що таку іншу особу спонукав (не безпосередньо, а опосередковано) вчинити злочин правоохоронець – звісно, за умови успішного проходження згаданого тесту від ЄСПЛ? Схиляюсь до ствердної відповіді на це питання, а отже, до висновку про задовільне відбиття у ч. 1 ст. 2.7.4 проєкту ознак непрямой провокації злочину.

За результатами аналізу контрольного тексту проєкту станом на 15 жовтня 2020 р. мною висловлювалось занепокоєння тим, що наведене у ньому визначення поняття провокації навряд чи охопить відмінну від підбурювання «завульовану» («таємну») провокацію злочину, коли відсутній двосторонній суб'єктивний зв'язок, а тому може стати частково прогальним. Як варіант пропонувалось розглянути можливість доповнити визначення (поряд із схиленням особи до вчинення злочину) альтернативною вказівкою на створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину [2, с. 21–23, 46]. Розробники проєкту не вбачають тут проблеми, виходячи з того, що термін «спонукання», який у дефініції провокації злочину замінив термін «схилення», не має тлумачитись обмежувально: спонукати означає викликати у когонебудь бажання робити що-небудь; змушувати, схилити, заохочувати до якоїсь дії, певного вчинку. Сприймаючи таке пояснення, зауважу, що лише правозастосовна практика покаже, чи стане позначений нюанс кримінально-правової характеристики провокації злочину у разі ухвалення проєкту як закону предметом для докладання адвокатських зусиль.

Ч. 2 ст. 2.7.4 проєкту уособлює бажання Робочої групи конкретизувати у кримінально-правовому сенсі ознаки правомірної поведінки правоохоронців, яка не є провокаційною. Запропоновано встановити, що не визнається провокацією злочину виявлення прокурором чи службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особі наміру на вчинення певного злочину і надання їй можливості його вчинити під контролем прокурора чи органу правопорядку, який здійснюється відповідно до закону. Вимушений повторити [2, с. 34–36, 47], що викладене положення проєкту: 1) прирошування нової практично значимої інформації не містить (до речі, це саме стосується і пропозиції О. Браверман доповнити ст. 370 КК приміткою, згідно з якою не є провокацією підкупу перевірка на добросовісність працівників НАБУ, під час якої використовується ситуація, за якої у працівника вже виник умисел на давання чи отримання неправомірної вигоди [13, с. 279]); 2) хоч і перегукується з позицією ЄСПЛ щодо правомірності саме і тільки *пасивного* розслідування злочину (коли правоохоронці приєднуються до злочинної поведінки, а не ініціюють її), навряд чи адекватно відображає те, що фактично відбувається під час проведення контролю над вчиненням злочину як НС(Р)Д. Показово, що М. Хавронюк складовою контрольованого вчинення злочину, відмінного від провокації злочину, називає *створення* уповноваженим суб'єктом *можливостей* для реалізації наміру особи вчинити злочин [14, с. 146, 147]. «Комплекс НС(Р)Д, проваджуваних у межах контролю за вчиненням злочину, вирізняється тим, що він сполучається з інсценуванням дій (подій, обстановки), які відповідають злочинному задуму певної особи (осіб) та (або) можуть свідчити про його виконання» [15, с. 9].

Тому все ж замість надання особі можливості вчинити злочин під контролем у ч. 2 ст. 2.7.4 проєкту бажано вказати на створення службовою особою органу правопорядку обстановки, потрібної для реалізації виявленого наміру вчинити злочин (варіант: використати інше подібне

(узагальнене) формулювання, яке дозволить охопити активності, що становлять зміст різних форм контролю за вчиненням злочину як НС(Р)Д, – спеціального слідчого експерименту, контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, імітування обстановки злочину). Інакше не виключено, що захисники у кримінальних провадженнях будуть звертати увагу на активну поведінку органів правопорядку з контрольною за вчиненням злочину, а отже, на нібито вчинення ними провокації злочину. Такому негативному сценарію може сприяти те, що згадане в ч. 2 ст. 2.7.4 проєкту вчинення злочину під контролем органу правопорядку може тлумачитись не зовсім як «контроль за вчиненням злочину» у сенсі КПК. З огляду на сказане, складно підтримати пропозицію В. Антипова включити у відповідну норму проєкту таку умову правомірності поведінки правоохоронців, як те, «що існуючий в особи намір на вчинення певного злочину міг бути реалізований без сприяння службовою особою органу правопорядку» [3, с. 103].

Положення проєкту про те, що контроль з боку правоохоронців здійснюватиметься в порядку, встановленому *законом* (а не КПК, як про це йшлося у попередніх варіантах проєкту), вважаю вдалішим. У матеріально-правовій нормі, присвяченій відмежуванню кримінально-протиправної провокації злочину від правомірної поведінки службових осіб органів правопорядку, спрямованої на викриття злочинів, недоцільно «прив'язуватись» до порядку, передбаченого КПК. Адже: 1) згідно з ч. 3 його ст. 271 така НС(Р)Д, як контроль за вчиненням злочину, допускається лише стосовно тяжких та особливо тяжких злочинів, а аналізована кримінально-правова норма має носити універсальний (загальний) характер; 2) провокацією злочину не повинні визнаватись не лише контроль за вчиненням злочину як НС(Р)Д, а й оперативно-розшукові заходи, здійснювані до кримінального провадження і врегульовані не КПК, а Законом «Про оперативно-розшукову діяльність».

Водночас й універсальна вказівка ч. 2 ст. 2.7.4 проєкту на контроль, здійснюваний відповідно до закону, здатна на практиці зіграти злий жарт. Якщо контроль за вчиненням злочину як НС(Р)Д проведено з такими порушеннями порядку, встановленого законом, які не поєднуються зі схиленням (підбурюванням) особи вчинити злочин (відсутність процесуального рішення прокурора або проведення цієї НС(Р)Д поза межами кримінального провадження чи щодо злочину, який не є тяжким або особливо тяжким, тощо), провокація злочину відсутня – при тому, що ч. 2 ст. 2.7.4 проєкту допускає й інше тлумачення (виявлення прокурором чи службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особи наміру на вчинення певного злочину і надання їй можливості його вчинити під контролем прокурора чи органу правопорядку, який здійснюється з порушенням встановленого закону порядку, визнається провокацією злочину). На користь своєї думки про те, що подібна інтерпретація аналізованого положення проєкту не виключається, наведу такі висловлювання: «... як провокацію однозначно потрібно розцінювати ті випадки, коли оперативний працівник навмисно залучає потенційного свідка до проведення оперативно-розшукових заходів щодо особи до відкриття кримінального провадження, надає такому свідку до першої зустрічі з особою засоби прихованого звукозапису і відеофіксації подій, а також ідентифіковані помічені грошові кошти для організації їх передачі як неправомірної вигоди особі, фактично проводячи в такий спосіб контроль за вчиненням злочину в межах оперативно-розшукової справи... до внесення відомостей до ЄРДР у межах реалізації п. 7-1ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» будь-яке контрольоване вчинення корупційного діяння можна вважати провокацією» [15, с. 12]. Автори подібних сумнівних висловлювань не враховують

того, що порушення встановленого порядку проведення дозволених заходів автоматично не свідчить про наявність провокації злочину у кримінально-правовому сенсі.

У проєкті (контрольний текст станом на 15 жовтня 2020 р.) незастосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, який через провокацію з боку службової особи органу правопорядку порушив кримінально-правову заборону, присвячену посяганням на державу, пов'язувалося із проблематикою юридичної помилки (ч. 4 ст. 2.3.9). В аналізованому варіанті проєкту подібне положення відсутнє (ст. 2.4.8 «Юридична помилка»). Згаданий варіант підведення матеріально-правового підґрунтя під кримінальну безкарність вчинку спровокованої поведінки був вкрай сумнівним рішенням, що розробники проєкту врешті-решт визнали.

Цікаво, що у ч. 4 першої версії проєкту (контрольний текст станом на 10 серпня 2020 р.) його ст. 2.5.3 містилось таке формулювання: «Вчинення злочину внаслідок провокації злочину з боку працівника органу правопорядку звільняє від кримінальної відповідальності, крім випадків вчинення злочину, яким заподіяна шкода потерпілому».

Наразі Робоча група проголошує, що особа, яка вчинила злочин внаслідок провокації, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах (ч. 4 ст. 2.7.4 проєкту). Певна логіка у цьому положенні є: суб'єкт, хай навіть і через провокацію, злочин (не має значення, закінчений або незакінчений) вчинив. «... особа, яку схилили до вчинення протиправних дій, залишається злочинцем, як і той, хто прийняв рішення про такий вчинок самостійно» [16, с. 147]. «... провокаційна діяльність не виключає свободи волі в поведінці особи, і вона самостійно приймає рішення про те, вчиняти злочин чи ні» [17, с. 114]. «... яка, за великим рахунком, потерпілому різниця: злочин щодо нього вчинено через тупість або злий умисел винного або ж у зв'язку із під'южуванням з боку правоохоронних органів?» [18, с. 35]. «Кримінальний закон не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності того, хто одержав хабара, на тій підставі, що не він сам виявив ініціативу в одержанні хабара, а вона була йому запропонована чи навіть нав'язана» [19, с. 196]. Дії спровокованої особи заподінують реальну шкоду власності, правосуддю, життю, статевій свободі тощо; притягнення до кримінальної відповідальності спровокованих осіб є цілком обґрунтованим і не порушує їхні права на справедливий судовий розгляд справи [10, с. 88].

Не суперечить ч. 4 ст. 2.7.4 проєкту і підходу, сповіданому ЄСПЛ: останній залишає національним державним органам право вирішувати, в якому (матеріально-правовому або процесуальному) порядку має здійснюватись захист від провокаційної поведінки правоохоронців [20, п. 126]. Виходить, що застосування кримінально-правових засобів щодо спровокованої правоохоронцями особи залишатиметься похідним від дотримання конвенційного положення про справедливий судовий розгляд і, відповідно, визнання допустимості (недопустимості) доказів, тобто проблема (як це має місце і тепер) розв'язуватиметься у процесуальній площині. Л. Брич доводить, що визнання недопустимими доказів, отриманих шляхом провокацій і підбурювання, є підстави сприймати як стандарт оцінки допустимості доказів від ЄСПЛ [21, с. 257, 262]. Цей стандарт сприймається і вітчизняною судовою практикою [22, с. 57–62].

Із численних рішень ЄСПЛ, сукупність яких утворює концепцію «поліцейської» провокації, впливає що провокаційна поведінка правоохоронців є порушенням права особи на справедливий судовий розгляд, закріпленого в ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, у зв'язку з чим ця поведінка визнається неприпустимою. Через порушення конвенційного права на справедливий судовий розгляд кримінальна відповідальність спровокованої особи унеможливується, адже

кримінальне провадження стосовно неї підлягає закриттю за п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК або у цьому разі ухвалюється виправдальний вирок через недоведеність злочину, в якому обвинувачується особа (п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК). «Виходячи з практики ЄСПЛ, будь-яка провокація підкупу повинна виключати кримінальну відповідальність спровокованої особи» [10, с. 83]. Має рацію К. Задоя, який пише про заснований на правових позиціях ЄСПЛ процесуальний захист від провокації злочину і про те, що за її наявності особа не підлягає кримінальній відповідальності не через відсутність матеріально-правових підстав, а через порочність (дефектність) «побудови» за допомогою провокації злочину «інформаційно-оціночної моделі фактичних обставин справи» [23, с. 64, 65]. Тому неточним є твердження про те, що наявність провокації «є безумовною підставою для закриття кримінального провадження щодо підозрюваного за відсутності складу злочину...» [15, с. 10].

За таких обставин і з огляду на те, що провокація злочину за проектом – це саме і тільки «поліцейська» провокація, висловлю сумнів у тому, що варто декларувати, як це робить Робоча група, про загальні підстави настання кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин внаслідок провокації. Тому пропоную ч. 4 із ст. 2.7.4 проекту виключити. Однак цього буде недостатньо, бо кримінально-правові наслідки вчиненого спровокованою особою навряд чи слід беззастережно ставити у залежність від допустимості (недопустимості) доказів. У протилежному випадку роль первинного, за логікою речей, матеріального кримінального закону безпідставно принижуватиметься. Тим більше, що правоохоронцями (і не тільки ними) можуть бути спровоковані різні за тяжкістю к. пр. – проти життя і здоров'я особи, власності, у т. ч. інтелектуальної, пов'язані з обігом наркотичних засобів, комуністичної або нацистської символіки, порнографічних предметів тощо.

Тут доречно нагадати, що свого часу член Робочої групи М. Хавронюк за результатами вивчення зарубіжного досвіду пропонував доповнити розділ VIII Загальної частини чинного КК України ст. 43-1 «Провокація злочину службовою особою». При цьому вчений робив застереження: особа, яку службова особа (зокрема, правоохоронного органу) спровокувала на вчинення злочину, підлягатиме кримінальній відповідальності лише за умисні тяжкий та особливо тяжкий злочини, які спричинили смерть потерпілого або інші тяжкі наслідки [24, с. 295, 577]. Цікавою виглядає і пропозиція О. Сибалю щодо закріплення як нової (самостійної) обставини, що виключає протиправність діяння, контролю за вчиненням злочину і визначення умов її (обставини) правомірності в КК [25, с. 339–342]. В. Веретянников не відкидає такий варіант оптимізації кримінального законодавства у розглядуваній частині, як визнання заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам за наявності провокації злочину обставиною, яка виключає кримінальну протиправність діяння [4, с. 63]. Допускає такий варіант поліпшення проекту і членкиня Робочої групи Н. Гуторова, водночас відзначаючи його небездоганність: обставинами, які виключають протиправність діяння, мають бути правомірні діяння.

Принагідно зауважу, що у кваліфікаційній науковій роботі В. Веретянников бракує однозначності з питання про кримінально-правові наслідки провокації злочину для спровокованої особи. Так, аналізуючи проект, згаданий дослідник поділяє висловлену в літературі думку про доцільність його доповнення положенням про те, що засоби кримінальної відповідальності не застосовуються у разі вчинення будь-яких провокаційних дій будь-якою особою [4, с. 62, 142]. Висловлюється також підтримка позиції литовського законодавця, згідно з якою особу звільняють від кримінальної відповідальності за підкуп, якщо її спровокували дати незаконну винагороду [4, с. 65].

Відтак не може не поставити питання, чому В. Веретянников, формулюючи свої пропозиції *de lege ferenda*, не вважає за потрібне доповнити як чинний КК, так і проект подібними приписами. При цьому у дисертації В. Веретянникова зустрічаються висловлювання, з яких випливає, що вчинення к. пр. внаслідок провокації кримінальну відповідальність не виключає. Стверджується, наприклад, що «провокатор, навіть якщо він діє в офіційному авторизованому державою статусі, повинен притягуватися до відповідальності на одному рівні зі спровокованим правопорушником» [4, с. 209]. Відтворюється також (причому некритично) думка білоруського дослідника В. Хомича про те, що спровокована на хабарництво (підкуп) особа *de jure* вчиняє злочин, а отже, підлягає кримінальній відповідальності за вчинене [4, с. 81].

На думку В. Комар, чинний КК варто доповнити такими положеннями: особи, які вчинили злочин внаслідок провокації, підлягають кримінальній відповідальності, крім випадків, передбачених Особливою частиною КК; не підлягають кримінальній відповідальності особи, які пропонували, обіцяли чи надали неправомірну вигоду або прийняли пропозицію, обіцянку чи одержали таку вигоду у зв'язку з провокацією підкупу [10, с. 83, 87, 213, 216]. Викладений підхід вважаю непослідовним хоча б через те, що заснований на правових позиціях ЄСПЛ процесуальний захист від «поліцейської» провокації розповсюджується не лише на корупційні делікти, пов'язані з підкупом. До того ж із пропозицій В. Комар *de lege ferenda* випливає, що суб'єкт провокації як підкупу, так і будь-якого іншого злочину буде загальним, а отже, відповідні позиції ЄСПЛ тут не зможуть стати у нагоді. То у чому у такому разі кримінальна відповідальність спровокованої особи за підкуп виключатиметься, а за інші злочини – ні?

Як бачимо, кримінально-правова наука не може похизуватись наявністю чіткої і несуперечливої позиції з питання про кримінальну відповідальність спровокованої особи, яка (позиція) могла б бути «взята на озброєння» розробниками проекту, а тому роботу в цій частині фахівцям, у т. ч. членам Робочої групи слід продовжити. Зокрема, при доопрацюванні проекту варто буде повернутись до уточнення кола посягань, вчинення яких внаслідок провокації з боку службових осіб органів правопорядку виключатиме застосування кримінально-правових засобів.

До обставин, які пом'якшують покарання за злочин і проступок, Робочою групою запропоновано віднести, зокрема, вчинення к. пр. внаслідок провокації (п. 11 ч. 1 ст. 3.3.2 проекту). Не зовсім зрозуміло, однак: 1) чому в такому разі у ст. 2.7.4 і ст. 8.2.20 проекту не йдеться про провокацію проступку; 2) яке покарання мається на увазі, якщо «поліцейська» провокація внаслідок «дискредитації» доказів (з огляду на правові позиції ЄСПЛ) виключає кримінальну відповідальність спровокованої особи.

Недоліком проекту вважаю відсутність у ньому положень про вплив на покарання порушника кримінально-правової заборони тієї обставини, що к. пр. було спровоковано іншим суб'єктом, а не прокурором, службовою особою органу правопорядку або особою, яка діє за їхнім завданням. Видається, що саме цю обставину (а не вчинення к. пр. внаслідок «поліцейської» провокації, кримінально-правове значення якої – тема окремої розмови) є сенс визнавати пом'якшувальною обставиною, що і має знайти відображення у поліпшеній ст. 3.3.2 проекту. Такий крок, однак, потребуватиме відмови від втіленого у проекті розуміння провокації як поведінки лише правоохоронців та їхніх агентів.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок** про перманентне оновлення проекту у частині регламентації провокаційної поведінки та її правових наслідків, що є закономірним результатом налаштованості Робочої групи на сприйняття конструктивної критики і формулювання продуманих, виважених положень перспективного

кримінального закону, присвячених досліджуваній проблемі. Наразі розроблюваному документу притаманна невизначеність у частині кримінально-правового реагування на провокаційну поведінку суб'єктів, відмінних від правоохоронців та осіб, які діють за їхнім завданням. Водночас можна констатувати задовільне відбиття у проекті ознак непрямой провокації злочину. У відповідній нормі проекту замість надання особі можливості вчинити злочин під контролем пропонується вказати на створення службовою особою органу правопорядку обстановки, потрібної для реалізації виявленого наміру вчинити злочин (варіант:

використати інше подібне (узагальнене) формулювання, яке дозволить охопити активності, що становлять зміст різних форм контролю за вчиненням злочину як НС(Р)Д). Питання про застосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, спровокованого правоохоронцями та їхніми агентами, потребує кваліфікованого вирішення не лише в контексті допустимості (недопустимості) доказів, на що орієнтують правові позиції ЄСПЛ, які утворюють концепцію «поліцейської» провокації, а й з урахуванням тяжкості вчиненого к. пр. і можливого уточнення переліку обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України (проект). Контрольний текст (станом на 14.07.2022 року). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/07/14/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-14-07-2022.pdf> (дата звернення: 10.08.2022).
2. Дудоров О.О. Про перспективи законодавчого унормування провокаційної поведінки та її правових наслідків. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2020. № 2. С. 14–56.
3. Антипов В.І. Кримінальна відповідальність за провокацію злочину. *Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє*: матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 22–23 жовт. 2020 р.) / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), А.П. Гетьман, Ю.В. Баулін та ін.; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Робоча група з питань розвитку кримінал. права Коміс. з питань прав. реформи, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права», Консулт. місія Європейського Союзу в Україні. Харків: Право, 2021. С. 101–103.
4. Веретянников В.О. Кримінальна відповідальність за провокацію підкупу: порівняльно-правове дослідження: дис. ... д-ра філософії: 081 «Право». Северодонецьк, 2022. 253 с.
5. Навроцький В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією. *Вісник Академії правових наук України*. 1998. № 4. С. 157–162.
6. Орловський Р.С. Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. 512 с.
7. Грудзур О.М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2011. 229 с.
8. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. Київ: Атіка, 2012. 332 с.
9. Мирко Б.М. Провокація злочину: кримінально-правові та кримінологічні засади протидії: дис. ... д-ра філософії: 081 «Право». Київ, 2021. 211 с.
10. Комар В.В. Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2020. 247 с.
11. Комашко В.В. Правові та організаційні основи контролю за вчиненням злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 226 с.
12. Бабанли Р., Тарасенко О. Критерії непрямой провокації на вчинення злочину: розвиток практики Європейського суду з прав людини у справі «Akbay and Others v. Germany». URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/182446-kriteriyi-nepriamoyi-provokatsiyi-na-vchinennya-zlochynu-rozvitok-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravi-akbay-and-others-v-germany> (дата звернення: 10.08.2022).
13. Браверман О.О. Правове регулювання перевірки на добросовісність працівників Національного антикорупційного бюро України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2020. 298 с.
14. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / О. Калітенко, О. Лемєнов, Б. Малишев та ін.; за заг. ред. М. Хавронюка. Київ: Мишалов Д.В. 2021. 239 с. URL: <https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2021/09/alternatyvnyy-zvit-210921071555.pdf> (дата звернення: 10.08.2022).
15. Грібов М.Л., Венедіктов А.А., Венедіктова Ю.Є. Контроль за вчиненням корупційних злочинів, пов'язаних із підкупом: питання законності. *Криміналістичний вісник*. 2021. № 2. С. 7–30.
16. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. 192 с.
17. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. 204 с.
18. Навроцька В.В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. 224 с.
19. Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства: монографія. Київ: Парламентське видавництво, 2000. 256 с.
20. Рішення ЄСПЛ у справі «Матановіч проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р. Переклад адвокатів Олександра Дроздова та Олени Дроздової. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf (дата звернення: 10.08.2022).
21. Брич Л.П. Застосування практики Європейського суду з прав людини як джерела права для оцінки допустимості та достовірності доказів у кримінальних провадженнях в Україні. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 2. С. 253–266.
22. Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо недопустимості доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Рішення, внесені до ЄДПРСР за період з 2018 року по жовтень 2020 року. 70 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogljad_KKS_VS.pdf (дата звернення: 10.08.2022).
23. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задої. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. 135 с.
24. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
25. Сибаль О.Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 3. С. 339–342.