

УДК 343.352

DOI <https://doi.org/10.32782/pdu.2023.1.59>

О. О. Гончарова-Парфьонова

аспірантка кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДО ПИТАННЯ ГЕНЕЗИСУ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЗАБОРОНИ ПРОВОКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

У статті досліджено генезис розвитку нормативного регулювання питання провокації за вітчизняним законодавством. Розглянуто процес формування, становлення та трансформації кримінально-правової заборони даного діяння. Сучасне кримінальне законодавство поняття провокації кримінального правопорушення не містить.

Зауважено, що відсутність у кримінальному праві комплексного єдиного розуміння провокації злочину, що відображає її ключові характеристики та ознаки, викликає складнощі у правозастосовчій практиці.

Доведено, що визнання провокації кримінального правопорушення правомірним діянням передбачає відсутність при її вчиненні суспільної небезпеки. Водночас навіть загальне смислове розуміння терміна «провокація» як підбурювання до будь-яких дій, що можуть призвести до тяжких наслідків, не дає змоги говорити про це діяння як таке, що має позитивну соціальну спрямованість. Провокація кримінального правопорушення передбачає наявність причинного зв'язку між діями провокатора і вчиненням кримінального правопорушення, що, як видається, не дає змоги виключити її суспільну небезпеку.

Автор зазначає, що з метою формування єдиного розуміння цього правового явища необхідні ретроспективний аналіз інституту провокації злочину в російському кримінальному праві. Таким чином, історичний аналіз інституту провокації злочину, зокрема, дасть змогу детально та всебічно розглянути досліджуване правове явище для розроблення та формування єдиного кримінально-правового поняття провокації кримінального правопорушення.

Ключові слова: *провокація, провокація кримінального правопорушення, генезис кримінальної відповідальності, кримінальна відповідальність, кримінально каране діяння, провокатор.*

Постановка проблеми. Дослідження генезису будь-якого кримінально-правового явища дозволяє дотримуватись умов виваженості будь-яких запропонованих організаційно-правових засобів, шляхів вдосконалення чинного законодавства та подальшого впровадження методів кримінально-правового впливу. Сучасному поняттю «провокація кримінального правопорушення» передували тривалий розвиток як загальноправових категорій природного права, так і визнання загальноприйнятими низки принципів позитивного права.

Дослідження правозастосовчої практики наочно показує, що досить часто відбуваються провокації кримінально кара-

них діянь. Широко поширена провокація до вчинення вбивств, кримінальних правопорушень у сфері нелегального обігу наркотиків та інших психотропних речовин, а також нелегального обігу зброї тощо. Відсутність у кримінальному законі інтегративного розуміння провокації кримінального правопорушення, що відображає різні її змістовні сторони, зумовлює неоднозначне та неповноцінне уявлення про кримінально карану провокацію посягання, що, безумовно, спричиняє деякі практичні складнощі під час кваліфікації провокаційних дій.

Стан наукового дослідження. Вивченням кримінально-правової природи провокації кримінального правопорушення та окремих її аспектів займалися чимало вітчизняних науковців, до яких

слід віднести О.І. Альошину, С.А. Бабич, О.В. Говорухіну, О.М. Грудзур, М.І. Мельника, В.О. Навроцького та ін.

Метою даної статті є дослідження генезису кримінально-правової заборони провокації кримінального правопорушення.

Виклад основного матеріалу.

У визначенні провокації як зрадницької поведінки, підбурювання до дій, що можуть спричинити для того, кого провокують, негативні наслідки, в оцінці дій особи, яка провокує, вбачається негативний аспект. З огляду на таке розуміння, можна дійти висновку, що провокатор і провокована особа не є однодумцями і переслідують кардинально різні цілі. Таке розуміння є досить цінним із правового погляду, оскільки унеможлиблює розглядати цих осіб як співучасників кримінального правопорушення.

Зрозуміти природу провокації та визначити її місце в системі норм сучасного кримінального права нам допоможе, серед іншого, розгляд історії розвитку поняття провокації в нормах права минулих років. Такий аналіз дасть нам змогу оцінити потреби суспільства в регулюванні суспільних відносин, що виникають у зв'язку із вчиненням провокації кримінального правопорушення, а також ефективність або недостатність раніше прийнятих норм про провокацію кримінального правопорушення, зрозуміти практику їх застосування.

Говорячи про час, починаючи з якого кримінально-правова провокація бере свої витoki, ми маємо зважати на те, що провокація в науці кримінального права обговорюється в різних аспектах:

- провокація як метод працівників діючих правоохоронних структур, сприйнятий згодом поліцією у справі боротьби зі злочинністю;
- провокація як кримінально-правова заборона;
- провокація як заборона для посадових осіб, які здійснюють оперативно-розшукову роботу;
- провокація як категорія науки кримінального права.

Кожен із названих аспектів провокації має свою історію, тож аналізуючи позиції інших авторів, маємо враховувати, який

із названих аспектів провокації ними розглядався. Тут же зазначимо, що основний дослідницький інтерес з урахуванням чинного кримінального закону для нас становить аналіз історії провокації як кримінально-правової заборони.

Взагалі, виникнення правового терміна «провокація» бере свій початок у римському праві («provocatio ad populum»), що представляє собою гарантію, найдавніше право римського громадянина, кожної засудженої до смертної кари або іншого тілесного покарання особи звернутися з апеляцією до зборів народу [1, с. 103]. Сутність провокації полягала в повторному розгляді кримінальної справи народними зборами з винесенням нового вироку. Варто зазначити, що застосування «права провокації» було припустимим тільки в рамках кримінального процесу, а в цивільних справах такий вид провокації не застосовувався. У римському цивільному процесі також існувала провокація (provocatio ad agendum), під якою розуміли спонукання позивача до подачі позову всупереч загальному правилу, унаслідок чого подання чи не подання позову та сам строк його подання надавалися на розсуд позивача [2, с. 32].

На даний момент загальна правова концепція розуміння провокації в доктрині кримінального права відсутня. Водночас кримінальне право потребує вироблення єдиного комплексного підходу до розуміння провокації, у зв'язку з чим необхідно розглядати це правове явище в різних аспектах.

В енциклопедичній літературі під провокацією розуміються «підбурювання, спонукання окремих груп, організацій до дій, які можуть спричинити настання тяжких наслідків»; «навмисні дії проти окремих осіб, організацій, держав тощо з метою штовхнути їх на згубні для них вчинки» [3, с. 773].

Більшість учених дотримуються позиції, що провокація кримінального правопорушення є підбурюванням до нього, тобто його спеціальним різновидом.

Прихильником визнання провокаційних дій підбурюванням до кримінального правопорушення є О.Ф. Бантишев, який стверджує, що «провокація до вчинення

будь-якого злочину є лише окремим випадком підбурювання», тому при будь-якій провокації провокатор має нести кримінальну відповідальність як підбурювач до відповідного злочину [4, с. 43].

Схиляємося до позицію того, що провокація кримінального правопорушення – це умисні односторонні дії особи, спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення кримінального правопорушення з метою викриття останньої у скоєному [5, с. 42]. Діяльність провокатора має схожі риси з більшістю видів співучасників, що й породжує дискусійність питання щодо співвідношення провокації у злочині та співучасті у злочині. Зовні спровокований злочин буде вчинено спільно двома особами. Досягнення злочинного результату настає через дії як спровокованої особи, яка піддалася на сторонній вплив, так і провокатора, який ініціював початок злочинної діяльності та всіляко сприяв вчиненню кримінального правопорушення.

Досліджуючи питання генезису кримінальної відповідальності за провокацію кримінальної відповідальності, слід відмітити, що довгий час норми кримінального законодавства містили заборону провокації в розрізі діянь, що сьогодні розцінюються як корупційні, згадки про що містилися у Руській правді [6], Судебнику 1497 року [7], Судовій грамоті 1561 року [8].

Статути Великого князівства Литовського, які не містили окремих норм щодо хабарництва, але визнавала ряд кримінальних правопорушень службовців того часу, серед яких знаходимо заборону невстановлених винагород за вчинення службового обов'язку [9].

Питання відповідальності за підкуп, його провокацію та неправомірну вигоду в ближчому до сучасного розуміння знайшли свого відображення у прийнятому 1649 Соборному уложенні, а саме в главі десятій «Про суд». Даний правовий акт розширив коло осіб, які підлягали кримінальній відповідальності за отримання неправомірної вигоди. До них стали належати всі судові чиновники. Окремо в статті 8 глави X передбачалася кримінальна відповідальність за так зване «уявне посередництво», коли приватна особа нібито для передачі

судді винагороди (підкупу) від особи, яка надає останню (у вигляді грошей, коштовностей тощо) з метою прийняття вигідного рішення для сторони, яка дала винагороду (підкуп), а сама фактично привласнює цю винагороду [10, с. 376].

Згідно з Укладенням про покарання кримінальні та виконавчі 1845 року за замах на зваблення посадових осіб уряду до кримінальної відповідальності притягалися особи, які пропозицією хабарів, іншими обіцянками, погрозами прагнули спонукати посадову особу до ухилення від справедливості та обов'язку служби та, попри її огиду до цього, поновлюватимуть такі пропозиції чи обіцянки [11]. Порівнюючи вищевказане поняття провокації з її сучасною інтерпретацією, можна відзначити відсутність мети провокації як обов'язкової складової ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 370 КК України. Місце провокації кримінального правопорушення в структурі кримінального закону також різниться.

Провокація ні Укладенням, ні іншими наступними кримінально-правовими актами не належала до групи кримінальних правопорушень, спрямованих проти інтересів правосуддя. Однак диспозиція цієї правової норми, а також її місцезнаходження в структурі кримінального закону дають змогу вважати, що провокацією заподіюється шкода інтересам державної служби.

Провокація спонукає чиновників ухилитися від обов'язку служба, у зв'язку з чим є корупційним посяганням. Водночас формулювання «ухилення від справедливості», викладене в диспозиції ст. 412 Укладення про покарання кримінальні та виконавчі 1845 року, може свідчити про заподіяння шкоди шляхом провокації правосуддю, в основу якого покладено принцип справедливості.

За умисне створення умов і обстановки, що сприяли б пропозиції посадовій особі хабара, тобто за провокацію хабара, ст. 115 Кримінального кодексу РФСР 1922 року було встановлено кримінальну відповідальність. Складовою ознакою розглядуваного складу кримінального правопорушення виступала мета у вигляді

подальшого викриття особи, яка дає таку неправомірну вигоду. У КК УРСР 1926 року об'єктивна сторона аналізованого складу кримінального правопорушення, крім провокації давання хабара, містила також і провокацію одержання хабара (ст. 119) [12, с. 126].

Історичний аналіз кримінального законодавства показує, що розуміння провокаційних дій у КК РРФСР 1922 року і Укладення про покарання кримінальні та виправні 1845 року істотно різнилися. Таким чином, з погляду радянського законодавця під час вчинення провокатором кримінального правопорушення особливе значення має його мета як конструктивна ознака суб'єктивної сторони, виражена у викритті спровокованої особи, а також у застосуванні до неї негативних кримінально-правових наслідків у зв'язку із вчиненням.

Таке поняття провокації найбільше відповідає природі провокаційних дій, що вчиняються латентно від того, кого провокують, не обізнаного про реальні задуми провокатора. Диспозиція правової норми, викладена в диспозиції Укладення, найбільшою мірою відображає інститут співучасті як діяльність підбурювача, який прагне схилити особу до вчинення кримінального правопорушення.

У 1946 році Судова колегія з кримінальних справ Верховного Суду СРСР по справі Г. зазначила: «Особа, яка спровокувала іншу особу на вчинення злочину, хоча б з метою подальшого викриття, повинна відповідати за підбурювання до злочину» [13, с. 41].

Наступним нормативно-правовим документом на етапі кримінально-правової протидії провокації підкупу є прийняття 28 грудня 1960 року нового КК УРСР. Так, КК УРСР 1960 року містив статтю 171 «Провокація хабара», згідно якої провокація хабара – «свідоме створення посадовою особою обстановки і умов, що зумовлюють пропонування або одержання хабара, щоб потім викрити того, хто дав або взяв хабара» [14]. За таке діяння передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі на строк до двох років.

Відповідно, діяння, що підпадало під дію ст. 171 КК УРСР 1960 року характеризувалося такими ознаками:

– умисний характер діяння (наявне знання винного про те, що шляхом створення такої обстановки він може спонукати іншу особу до підкупу і бажанням цього);

– усвідомлення посадовою особою обстановки та умов, що викликають пропозицію хабара. Обстановка та умови, за яких було скоєно кримінальне правопорушення, повинні бути такими, щоб вони могли вплинути на особу та створити у останньої уявлення про те, що від нього вимагається дача хабара (підкупу). Кримінальне правопорушення вважалося закінченим з моменту створення цієї обстановки чи відповідних умов. Якщо ж протиправні дії винного призупинені під час діяльності зі створення відповідної обстановки та умов, то в цьому випадку можна було вести мову про замах на провокацію [14].

Сучасний КК України вніс значні зміни, що стосуються відповідальності за провокацію. Стаття 370 КК України, що встановлює відповідальність за провокацію підкупу, тоді як поняття провокації кримінального правопорушення даний кримінальний закон не містить.

Способи провокації можуть бути різними, їхній приблизний перелік зазначено в ч. 4 ст. 27 КК України (умовляння, підкуп, погроза, примус). Крім того, до способів провокації можуть належати й поради, пропозиції, прохання, вимоги, рекомендації, указівки тощо. Не виключається й використання такого способу провокації, як обман, коли винний здійснює провокацію підкупу, надаючи неправдиву інформацію про можливість вирішення тих чи інших питань лише за допомогою неправомірної вигоди. Усі ці способи можуть мати характер або переконання (рекомендація, прохання, умовляння), або примусу (фізичний чи психічний примус, наказ, вимога). Якщо способом провокації підкупу є фізичний або психічний примус, то діяння як провокатора, так і спровокованої особи необхідно оцінювати з урахуванням відповідних положень КК України. Коли спосіб провокації є самостійним складом злочину, то можна ставити питання про кваліфікацію дій винного за сукупністю злочинів.

Висновки. Провокація – це умисна одностороння діяльність винного, спря-

мована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б усі зовнішні ознаки злочину, з метою дискредитації, шантажу або створення штучних доказів обвинувачення. Історично даний феномен не отримував належної уваги як законодавця, так і наукових пошуків, що не сприяло активній розробці даної проблематики.

Суспільна небезпека провокації кримінального правопорушення полягає в тому, що такими діями не тільки підривають репутацію службової особи, іноземної службової особи, службової особи публічної міжнародної організації або особи, яка виконує управлінські функції в комерційних чи інших організаціях, а й, головним чином, штучно створюють привід до порушення кримінальної справи та її провадження. Тим самим відволікаються сили і засоби органів досудового розслідування від процесуальної діяльності у справах, за якими дійсно скоєно кримінальне правопорушення, грубо порушуються принципи правосуддя в Україні.

Список використаної літератури:

1. 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», Консульта. місія Європейського Союзу в Україні. Харків: Право, 2021. С. 101–103.
2. Мирко Б.М. Провокація злочину: кримінально-правові та кримінологічні засади протидії: дис. ... д-ра філософії: 081 «Право». Київ, 2021. 211 с.
3. Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. К. : Аконтіт, 1998. – Т. 3 / укл.: В.В. Яременко, О.М. Слушко. 1998. 912 с.
4. Бантишев О.Ф. Злочини у сфері службової діяльності (питання кваліфікації) : [навч. посіб.] /О.Ф. Бантишев. К.: МАУП, 2002. 127 с.
5. Комарницька О. Критерії визначення прокурором провокації за матеріалами рішень Європейського суду з прав людини. *Evropský politický a právní diskurz*. 2016. Sv. 3, Vyd. 5. С. 41-47.
6. Кочев М. Незаконне збагачення: історія питання. *Юридична Газета*. 12.04.2021. URL: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/nezakonno-zbagachennya-istoriya-pitannya.html>
7. Судебник 1497. Заг. ред. Б.Д. Греков. URL: https://elf.ucoz.net/Pravo/IOGP/sudebnik_1497.pdf
8. Левицький О.І. По судах Гетьманщини : нариси народного життя Гетьманщини 2-ї половини XVII віку / передм., ред. і пер. М. Горбаня. Харків: Рух, 1930. 252 с.
9. Дячок О. Дослідження Литовських Статутів сучасними українськими правознавцями. *Ukraina lithuanica*. Київ, 2013. Т. II. URL: https://shron1.chtyvo.org.ua/Diachok_Oleh/Doslidzhennia_lytovskykh_statutiv_suchasnymy_ukrainskymy_pravoznavtsiamy.pdf
10. Павленко С.О. Основні етапи боротьби з хабарництвом: історичний аспект. *Науковий вісник Нац. акад. внутр. справ*. 2013. № 2. С. 376-379.
11. Попович В.П. Окремі проблеми кримінальної відповідальності за корупційні злочини. *Актуальні проблеми кримінальної відповідальності*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 10-11 жовтня 2013 р. / редколегія В.Я. Тацій (головний редактор), В.І. Борисов (заступник головного редактора) та ін. Х.: Право, 2013. С. 502-506.
12. Ус О.В. Кримінальна відповідальність за підбурювання до злочину. Харків: Вапнярчук, 2007. 264 с.
13. Комашко В.В. Правові та організаційні основи контролю за вчиненням злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 226 с.
14. Кримінальний кодекс УРСР 1960 року. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2002-05#Text> <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2002-05#Text>

Honcharova-Parfonova O. O. On the issue of the genesis of the criminal-legal prohibition of provocation of a criminal offense

The article examines the genesis of the development of regulatory framework for provocation under national legislation. The author examines the process of formation, development and transformation of the criminal law prohibition of this act. Modern criminal legislation does not contain the concept of provocation of a criminal offense.

It is noted that the absence of a comprehensive unified understanding of provocation of a crime in criminal law which reflects its key characteristics and signs causes difficulties in law enforcement practice.

It is proved that the recognition of provocation of a criminal offense as a lawful act implies that there is no public danger in its commission. At the same time, even the general semantic understanding of the term "provocation" as incitement to any actions which may lead to serious consequences does not allow us to speak of this act as having a positive social orientation. Provocation of a criminal offense presupposes a causal link between the provocateur's actions and the commission of a criminal offense, which does not seem to allow for the exclusion of its social danger.

The author notes that in order to form a common understanding of this legal phenomenon, a retrospective analysis of the institute of provocation of a crime in Russian criminal law is required. Thus, the historical analysis of the institute of provocation of a crime, in particular, will allow for a detailed and comprehensive consideration of the legal phenomenon under study with a view to developing and forming a single criminal law concept of provocation of a criminal offense.

Key words: *provocation, provocation of a criminal offense, genesis of criminal liability, criminal liability, criminal offense, provocateur.*