

*Загодіренко П. О.,
аспірант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ПРОВОКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ТА УДОСКОНАЛЕННЯ ДІЮЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Анотація. Стаття присвячена дослідженню кримінально-правової природи провокації злочину, визначенню ознак і особливостей провокаційної діяльності. Запропоновано шляхи удосконалення положень діючого кримінального законодавства України в частині провокації злочину.

Ключові слова: злочин, провокація, провокатор, особа, яку провокують, підбурювач.

Постановка проблеми. Однією з дискусійних проблем, що обговорюється в теорії кримінального права та має важливе практичне значення, є проблема відповідальності за провокацію злочину.

Перші спроби щодо кримінально-правового аналізу та визначення даного інституту були здійснені у другій половині XIX ст. В українському законодавстві поняття провокації з'явилося тільки в радянський період (законодавець цікавив виключно один аспект – провокація хабара).

Діюче національне кримінальне законодавство також не містить правових норм, які б дозволили вирішити цю проблему в повному обсязі. Кримінальний кодекс України [1] встановлює кримінальну відповідальність тільки за провокацію підкупу (ст. 370 КК). Але провокаційна діяльність можлива щодо фактично будь-якого умисного злочину: провокації підкупу; незаконного обігу зброї та наркотичних засобів, психотропних речовин, вчинення викрадень, зґвалтувань, вчинення податкових злочинів і т.д. Тому заслуговують на увагу позиції вчених про включення у кримінальний закон загальної норми «провокація злочину».

Аналіз дослідження проблеми. Серед вчених, роботи яких присвячені дослідженню кримінальної відповідальності за провокацію злочинів, можна виділити: О. І. Альошину, С. А. Бабич, Б. В. Волженкіна, О. В. Говорухіну, Н. Єгорову, О. О. Мастеркова, М. І. Мельника, В. О. Навроцького, О. В. Побризгаєву, С. М. Радачинського, О. О. Рижову та інших.

Виклад основного матеріалу. У літературних джерелах більшість учених під провокацією злочину розуміють підбурювання до нього з метою викриття в майбутньому особи, яка вчинила це діяння.

В.Д. Іванов пропонує провокаторів притягувати до відповідальності як підбурювачів або організаторів [2, с. 31]. Зустрічаються пропозиції розглядати провокацію як пособництво або вважати її окремим злочином [3, с. 19].

О.В. Говорухіна дає наступне визначення провокації злочину, а саме, це – умисні односторонні дії особи (провокатора), спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину з метою викриття останньої у скоєному. При цьому провокація злочину відрізняється від підбурювання до вчинення злочину та не створює співучасті [4, с. 4].

О.Ф. Бантишев, С.А. Кузьмін вважають, що провокація злочину – це активні дії суб'єктів з умисного спонукання особи (осіб), які не мають злочинного умислу до скоєння злочину з метою наступного викриття особи, котра скоїла даний злочин [5, с. 105].

О.І. Альошина під провокацією злочину розуміє завідоме створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину, або співучасть у такому злочині з метою її викриття, шантажу або заподіяння іншої матеріальної чи нематеріальної шкоди такій особі [6, с. 4].

Підтримуємо думку тих науковців, які вважають, що провокаційна діяльність можлива по відношенню до будь-якого з умисних злочинів: отримання неправомірної вигоди службовою особою; підкупу службової особи юридичної особи приватного права; незаконного обігу зброї, наркотичних засобів чи психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів; злочинів проти власності, життя та здоров'я, честі та гідності; податкових та військових злочинів і т.д. У зв'язку з цим, слід зазначити, що існує необхідність в проведенні кримінально-правового аналізу видів провокаційної діяльності, результатом якого повинні стати теоретично обґрунтовані пропозиції стосовно удосконалення кримінального законодавства в частині провокації злочинів.

Єдине законодавче визначення провокації міститься у ст. 370 КК України. Згідно ч. 1 ст. 370 КК України, провокація підкупу – це свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Законодавець, на наш погляд, невиправдано звужив суб'єктів провокації, визначаючи такими лише службових осіб.

Провокаційна діяльність, у свою чергу, це діяльність особи, спрямована на виникнення у іншої особи бажання до вчинення різного роду дій, що тягнуть для останнього настання шкідливих наслідків.

Провокація, на думку окремих учених, є єдиним або більш ефективним засобом виявлення злочинного наміру, запобігання більш тяжким злочинам, розкриття вчинених кримінально караних діянь [7, с. 157-159].

Натомість, на думку В.Д. Іванова, провокаційна діяльність є суспільно небезпечною вже тому, що вона спрямована на організацію злочинів або підбурювання інших осіб до їх учинення [2, с. 30].

Ф.Г. Бурчак вважав, що «незалежно від мотивів провокація злочину становить кримінально-карану дію, оскільки сам спосіб викривання, що полягає в підбурюванні до вчинення злочину, є суспільно небезпечним і повинен тягти кримінальну відповідальність» [8, с. 128].

О.О. Мастерков переконує, що небезпечність цієї діяльності для відносин, охоронюваних кримінальним законом, має комплексний характер, стверджуючи, що суспільну небезпечність провокації визначають такі моменти:

- а) вона визначається суспільною небезпечністю того злочину, до якого особа провокується;
- б) в результаті провокації маємо, фактично, двох осіб, які посягають на охоронювані законом суспільні відносини – провокатор та особа, яку провокують;
- в) власне провокатор має високий ступінь суспільної небезпечності [9, с. 49-51].

Досить вдало визначив суспільну небезпечність провокації Ю.В. Гродецький, а саме: суспільна небезпечність провокації злочину – це реальна можливість заподіяти істотну шкоду фізичній або юридичній особі, суспільству чи державі шляхом створення особою обставин та умов, що зумовлюють учинення злочину [10, с. 172].

Ознаки провокаційної діяльності:

- передбачає намір суб'єкта (провокатора) забезпечити односторонній вияв бажаної моделі поведінки з боку особи, яку провокують, що має лише зовнішні ознаки злочинного діяння;
- провокаційна поведінка здійснюється в порядку односторонньої умисної діяльності з боку винної особи, що не охоплюється свідомістю особи, яку провокують;
- мета дій провокатора – настання несприятливих наслідків для особи, яку провокують (дискредитація, шантаж або створення штучних доказів обвинувачення).

Слід зазначити, що формою вираження діяння при провокації злочину є тільки суспільно небезпечна дія, тобто активна поведінка винної особи. Форми провокації можуть бути різноманітними: поради, натяжки, рекомендації, побажання тощо. Провокація злочину може також носити усний характер, виявлятися за допомогою жестів, письмово, демонстрацією якихось зображень тощо. Знаряддям можуть бути будь-які засоби передачі та носії такої інформації: телефонний або факсимільний зв'язок, Інтернет тощо. Провокатор також може діяти таємно, шляхом створення таких умов і обставин, що викликають у особи намір вчинити злочин.

З об'єктивної сторони провокаційні дії завжди повинні передувати злочинній поведінці особи, яка провокується. Більш того, створення обстановки, що ви-

кликає вчинення злочину, не лише повинно передувати виконанню діяння спровокованою особою, а й передувати виникненню у такої особи наміру вчинити злочин. Предмет провокації злочину носить факультативний характер.

Початковий момент провокації – дія, спрямована на створення обстановки, яка викликає намір вчинити злочин. Кінцевий момент – виникнення у особи наміру вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні.

Суб'єктивні ознаки провокації злочину. Суб'єктивна сторона провокації злочину характеризується наявністю прямого умислу і спеціальної мети – викриття особи. Прямий умисел свідчить, що винна особа усвідомлює провокаційний характер власних дій щодо іншої особи, яку вона провокує, і бажає вчинити такі дії. Відносно наслідків у вигляді виникнення у особи наміру вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні з боку провокатора можливий також тільки прямий умисел. Водночас, при провокації у провокатора, по суті, відсутнім є прямий умисел на вчинення особою злочину. Тобто вчинення злочину не є кінцевою метою, а є засобом досягнення кінцевої мети – викриття спровокованої особи.

Мотиви вчинення такого злочину можуть бути різними: помста, кар'єризм, заздрість тощо.

Мета провокації злочину – штучне створення доказів вчинення злочину або шантаж. Під цією метою розуміється створення фактичних даних, що вказують на наявність складу злочину в діях спровокованої особи.

Провокація у формі діяльності на практиці знаходить своє вираження також як провокаційна діяльність правоохоронних органів.

Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 43 КК України) є нормою КК України, яка може охоплювати випадки провокаційної діяльності. Підставою вчинення провокаційних дій у цьому випадку є вимушеність використання таких засобів. Тобто особа, яка виконує провокаційні дії, фактично переслідує мету, по-перше, приховати свій зв'язок із правоохоронними органами, по-друге, попередити злочинну діяльність організованої групи чи злочинної організації. Проте, якщо особа, виконуючи відповідне завдання, провокує учасників організованої групи чи злочинної організації вчинити злочини, передбачені ч. 2 ст. 43 КК України, відповідальність такої особи, за загальним правилом, не виключається і повинна наставати з урахуванням правил, передбачених ч. 3 ст. 43 КК.

Отже, особа, що вчинила провокаційні дії, підлягає кримінальній відповідальності лише за вчинення у складі організованої групи чи злочинної організації особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєднаного з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків.

Провокацію злочину слід відрізнити від провокуючої поведінки, яка в кримінологічному аспекті розглядається як обставина, що породжує причини і умови вчинення злочину.

Провокацію злочину слід відрізнити і від підбурювання до злочину. Значимо, що юридична характеристика діяльності підбурювача впливає зі змісту ч. 4 ст. 27 КК України: «Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила співучасника до вчинення злочину». Відмінності полягають в наступному: по-перше, юридична природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тождною. Оскільки для підбурювання завжди притаманний *двосторонній суб'єктивний зв'язок між особами*, тоді як при провокації може бути відсутнім такий зв'язок, провокатор може діяти таємно, шляхом створення умов і обставин, які обумовлюватимуть викриття особи, яку провокують. Отже, провокація є більш ширшим поняттям, ніж підбурювання. По-друге, для провокації обов'язковою суб'єктивною ознакою є спеціальна мета – викриття особи, яку спровокували на вчинення злочину. Така мета відсутня у випадку підбурювання до вчинення злочину.

Також відмінною рисою провокації є здійснення певних активних дій в ситуації, коли не було достатніх підстав вважати, що злочин був би вчинений без провокаційних дій.

Кваліфікація провокації підкупу за чинним кримінальним законодавством має свої особливості. Якщо службова особа схиляє іншу особу до вчинення підкупу, то це є підбурюванням до злочину (співучастю у підкупі) і кваліфікація відбувається із застосуванням ч. 3 ст. 27 КК. Якщо ж службова особа здійснює ці дії з метою подальшого викриття особи, то такі дії кваліфікуються як провокація підкупу (ст. 370 КК України). Вважаємо можливим виключення цієї норми із КК за умови введення загальної норми «провокація злочину», при цьому службове становище особи має бути кваліфікуючою ознакою даного злочинного діяння.

Можливо, саме наявність такої норми у кримінальному законі виконує превентивну функцію, і відсутність судової практики є тому підтвердженням. Як відомо, охоронна функція кримінального закону знаходить свій вияв і в забороні вчинення злочинного діяння та загрози покарання тим, хто може вчинити таке діяння, а не лише в застосуванні покарання до особи, яка вчинила злочин.

Висновки. Резюмуючи, слід сказати, що спровокувати можна будь-який умисний злочин, у зв'язку з чим, вважаємо доцільним визначити провокацію злочину, як *«умисні односторонні дії особи, спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину з метою викриття останньої у скоєному»*, в Розділі III Загальної частини КК, закріпивши таким чином дефініцію досліджуваного правового явища, а також доповнити Розділ 18 Особливої частини Кримінального кодексу України нормою, що встановлює кримінальну відповідальність за провокацію злочину (виключивши ст. 370 КК України) у наступній редакції:

Стаття 396-1 Провокація злочину

1. Провокація злочину, – карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті,

вчинені особою з використанням свого службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років та зі штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Суб'єктом складу злочину, що пропонується, виступатиме фізична, осудна особа, що досягла віку кримінальної відповідальності – 16 років, а в кваліфікованому складі – це спеціальний суб'єкт, тобто особа, що використовує своє службове становище.

Література:

1. Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 р. (станом на 18.04.2013 р.): [Електронний ресурс] – <http://zakon2.rada.gov.ua>
2. Иванов В.Д. Предупреждение и пресечение органами внутренних дел подготавливаемых преступлений: Учеб. пособ. – Хабаровск: Хабар. ВШ МВД СССР, 1984. – 64 с.
3. Радчинский С.Н. Ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Ростов-н/Д, 1999. – 188 с.
4. Говорухина Е.В. Понятие и правовые последствия провокации в уголовном праве: Автореф. Дис. К. ю.н. 12.00.08. – Ростов-н/Д, 2002. – 18 с.
5. Бантишев О.Ф., Кузьмін С.А. Провокація хабара як спеціальний вид співучасті у злочині // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2008. – № 19. – С. 105-112.
6. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Дніпропетровськ, 2007. – 19 с.
7. Навроцький В.О. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 157-159.
8. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. – К.: Наук. думка, 1969. – 216 с.
9. Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Владивосток, 2000. – 184 с.
10. Гродецький Ю.В. Суспільна небезпечність провокації злочину // Проблеми законності. – 2009. – № 102. – С. 164-172.

Загидиренко П. А. Провокация преступления: уголовно-правовой анализ и совершенствование действующего законодательства

Аннотация. Статья посвящена исследованию уголовно-правовой природы провокации преступления, определению признаков и особенностей провокационной деятельности. Предложены пути совершенствования положений действующего уголовного законодательства Украины в части провокации преступления.

Ключевые слова: преступление, провокация, провокатор, лицо, которое провоцирует, подстрекатель.

Zagidirenko P. Provocation of a crime: criminal-legal analysis and improvement of existing legislation

Summary. The article investigates the criminal nature of provocation of a crime, the definition of specifications and features of provocative activity. Suggested ways to improve the ordinances of valid criminal laws of Ukraine in a part of provocation of a crime.

Key words: crime, provocation, a provoker, a person who is provoked, an instigator.