

О. О. Гончарова-Парфьоновааспірантка кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРОВОКАЦІЯ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

Стаття присвячена дослідженню провокації кримінального правопорушення як обставини, яка виключає злочинність діяння. Провокація кримінального правопорушення, яка може мати місце під час проведення оперативно-розшукових заходів, що застосовується з метою викриття злочинної діяльності, виявлення кола винних осіб, запобігання скоєнню більш тяжких кримінальних правопорушень, є дією суспільно корисною, яка хоч і завдає шкоди об'єкту, що охороняється, але явно з метою захисту важливішого об'єкта, і, видається, дана шкода має бути меншою за шкоду, що була відвернута, лише тоді, застосування провокативних дій буде виправданим. Зауважується, що ці кримінально-правові ознаки характерні для інституту крайньої необхідності (ст. 39 КК).

Зауважується, що законодавче визначення крайньої необхідності дозволяє виділити три основні ознаки крайньої необхідності як субінституту обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння: 1) для правоохоронюваних інтересів виникла небезпека; 2) вона не може бути усунена у спосіб, відмінний від заподіяння шкоди іншим правоохоронюваним інтересам (тобто в особи не було можливості врятуватись втечею, шляхом звернення до інших осіб, включаючи органи влади, тощо); 3) заподіяна шкода не повинна перевищувати відвернену шкоду.

Пропонується висновок про те, що провокація кримінального правопорушення може бути трактована як крайня необхідність за умов дотримання трьох основних підстав: провокація здійснюється у відповідь на акт протиправної дії людини; небезпека, яка загрожує правоохоронюваному інтересу, не може бути усунута за даних обставин іншими засобами, окрім як заподіяння шкоди теж правоохоронюваним інтересам; заподіяна шкода має бути меншою за шкоду відвернену.

Ключові слова: провокація кримінального правопорушення, кримінальна відповідальність, обставини, що виключають злочинність діяння, крайня необхідність, заподіяна шкода, суспільний інтерес.

Постановка проблеми. Як правило, у кримінально-правовому контексті під провокацією розуміють схилення до вчинення кримінального правопорушення. Можна зробити висновок про правову сутність провокації - вона полягає в тому, що провокатор збуджує в особі, яку провокує, умисел на вчинення кримінального правопорушення, метою якого є подальше притягнення її до кримінальної відповідальності з використанням штучно створених доказів кримінально караного діяння.

Провокація кримінального правопорушення, за загальним правилом, є протиправною дією, яка виключає відповідальність за його вчинення. Однак існують обставини, за яких така провокація може бути визнана виправданою. Ці обставини пов'язані з дотриманням принципів справедливості, законності та невідворотності

покарання. З метою реалізації принципів кримінального права та справедливого вирішення справи варто більш детально вивчити питання провокації кримінального правопорушення, особливо в контексті обставин, що виключають злочинність діяння.

Аналіз стану наукового дослідження. Дослідженням правової природи, відповідальності та складу провокації кримінального правопорушення у вітчизняній літературі займалися чимало вчених, до складу яких можна віднести роботи О. Альошиної, П. Андрушка, С. Бабица, Ю. Бауліна, Ю. Гродецького, О. Грудзура, О. Дудорова, К. Задоя, В. Киричка, В. Комара, О. Лемешка, М. Мельника, В. Навроцького, О. Ус, М. Хавронюка та ін. Однак, співставлення явища провокації кримінального правопорушення та обставин, що виключають злочинність

діяння належним чином розкрито не було, що пояснює актуальність такого наукового пошуку.

Метою даної статті є дослідження провокації кримінального правопорушення в контексті обставин, що виключають злочинність діяння.

Виклад основного матеріалу. Національному кримінальному законодавству відомий тільки один вид провокації кримінального правопорушення - провокація підкупу, що утворює самостійний склад кримінально караного діяння. Однак, на наше переконання, провокація може мати й інші різновиди, одним із яких може виступати провокація як обставина, що виключає злочинність діяння. Ми маємо на увазі ті випадки, коли провокація є єдиним і більш ефективним засобом виявлення злочинного задуму, запобігання більш тяжких кримінальних правопорушень, розкриття вже вчинених. І більшою мірою це стосується випадків можливо вимушеної провокації, до якої можуть вдаватися співробітники правоохоронних органів або особи, які співпрацюють з ними на контрактній основі, впроваджені в злочинне середовище. Адже, незважаючи на досить детальну регламентацію підстав і порядку проведення таких оперативно-розшукових заходів, як оперативне впровадження, контрольоване постачання, оперативний експеримент, законодавчо залишається не розв'язаним одне досить серйозне питання - щодо відповідальності впровадженої особи, яка здійснює, хоча й формально, з правоохоронною метою, та все ж таки об'єктивну діяльність, наприклад, із незаконного переміщення наркотичних та психотропних речовин, із виявлення фактів систематичних корупційних проявів тощо.

У юридичній практиці трапляються ситуації, коли особа, яка вчинила діяння, що заподіює ту чи іншу шкоду, з тих чи інших підстав кримінальної відповідальності не несе. Ці підстави передбачаються законодавцем з урахуванням різних чинників, завжди співрозмірних із цілями кримінально-правової охорони. У таких випадках прийнято говорити про обставини, що виключають кримінальну відповідальність.

Кримінальний закон оцінює всі можливі вчинки людей з позицій дихотомії: діяння або є кримінальним правопорушенням, або не є таким. Крім встановлення відповідальності за конкретні діяння, законодавець використовує і такий засіб відмежування караного від некараного, як закріплення загальних, не залежних від окремих форм людської поведінки моделей, що унеможливають настання кримінальної відповідальності.

У сучасній вітчизняній науці існують різноманітні визначення поняття «обставини, що виключають злочинність діяння». Так Ю.В. Баулін визначає такі обставини як «систему зовнішньо схожих з визначеним колом злочинів свідомих, вольових вчинків, які виключають суспільну небезпечність та (або) протиправність діяння і вимагають від уповноважених на те органів держави обов'язкового й безумовного усунення кримінальної відповідальності за такі вчинки» [1, с. 15]. П.С. Матишевський називає їх діяннями, «які за своїми зовнішніми ознаками мають схожість з діяннями, передбаченими кримінальним законом як злочини, і які за певних умов вважаються правомірними» [2, с. 195]. Змістовним вбачається також підхід Н.В. Лісової, яка вказує на те, що це є «діяння, що заподіюють шкоду охоронюваному законом правам й інтересам особи, суспільства, держави, однак не є злочинними у зв'язку із суспільною корисністю (прийнятністю) та дозволеністю законодавством України, тому й виключають кримінальну відповідальність» [3, с. 8].

Правильне встановлення наявності або відсутності обставини, що виключає кримінальну відповідальність, у кожному конкретному випадку покликане гарантувати дотримання законності та прав особистості, захистити особу від необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності за діяння, які схожі з кримінальними правопорушеннями, але не є такими.

З урахуванням позиції законодавства щодо оперативно-розшукової діяльності, остання переслідує соціально корисну мету - припинення і розкриття кримінальних правопорушень, що посягають на різні суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом. З погляду кримінального закону - у діяльності особи, яка співпрацює з правоохоронними органами на конфіденційній основі або є співробітником таких органів, бере участь у протиправній діяльності, а можливо, і використовує при цьому провокацію, містяться ознаки певного складу кримінального правопорушення. Норми, що дає змогу визнавати такі дії правомірними, у КК України немає.

Разом з тим, проведення оперативних заходів часто не тільки має зовнішні ознаки кримінального правопорушення, а й реально завдає шкоди правовідносинам. Слідчі та судді під час оцінки таких ситуацій виходять, перш за все, з відсутності в кримінальному законі конкретної норми, що дає змогу визнавати, чи правомірні

такі дії, хоча застосовані оперативні заходи апробовані громадською практикою, соціально допустимі та закріплюються в нормах різних галузей законодавства, найчастіше таких, що зобов'язують і приписують. Випадки такої кваліфікації дій оперативних працівників та осіб, які сприяли правоохоронним органам на конфіденційній основі, які хоча й мають ознаки кримінально караного діяння, але є за обставин, що склалися, єдиною практичною можливістю для розслідування кримінального правопорушення.

Ситуація щодо меж кримінальної відповідальності (або звільнення від неї) для розглядуваної групи осіб ускладнюється і неузгодженістю положень чинного законодавства щодо підстав звільнення від кримінальної відповідальності. На наше переконання, провокація, яка може мати місце під час проведення оперативно-розшукових заходів, яка застосовується з метою викриття кримінально протиправної діяльності, виявлення кола винних осіб у кримінальному правопорушенні, запобігання скоєнню більш тяжких посягань, є дією суспільно корисною, яка хоч і завдає шкоди об'єкту, що охороняється, але явно в цілях захисту важливішого об'єкту, і, як нам здається, дана шкода повинна бути меншою, ніж шкода, що була відвернута, лише тоді, застосування провокативних дій буде виправданим. Ці кримінально-правові ознаки характерні для інституту крайньої необхідності (ст. 39 КК України).

Наведене у ч. 1 ст. 39 КК законодавче визначення дозволяє виділити три основні ознаки крайньої необхідності як субінституту обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння: 1) для правоохоронюваних інтересів виникла небезпека; 2) вона не може бути усунена у спосіб, відмінний від заподіяння шкоди іншим правоохоронюваним інтересам (тобто в особи не було можливості врятуватись втечею, шляхом звернення до інших осіб, включаючи органи влади, тощо); 3) заподіяна шкода не повинна перевищувати відвернену шкоду [4, с. 241].

Концепція крайньої необхідності охоплює загрозу життю або здоров'ю, які спричинені об'єктивними чинниками, особливо природними. Основою цієї обставини, яка виключає настання кримінальної відповідальності, є «вибір найменшого зла» [5].

У ситуації схилення службовця до підкупу особою, яка готує таке діяння та вчиняє його є сам працівник правоохоронного органу. Однак, такого роду дії можуть вчинятися лише в ситуа-

ції крайньої необхідності: оперативний експеримент припустимий тільки для прояву злочинних намірів осіб, обґрунтовано підозрюваних у приналежності до організованої групи, злочинного співтовариства, а також для виявлення можливих об'єктів посягань з метою своєчасного виявлення, попередження, припинення, розкриття кримінальних правопорушень.

За такого підходу, саме наявність загрози суспільній безпеці, яку створюють факти корупції загалом, а також неможливість їхнього виявлення та припинення в інші способи є виправданням оперативних заходів, під час яких особа, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, виконує «функцію» підбурювача. Формальне порушення закону є тут «елементом боротьби за право», а особливість такої ситуації лише в тому, що особа, яка бере участь у проведенні оперативного експерименту, діє професійно, виконуючи свій службовий обов'язок. Іншими словами, в даному випадку виконання службових обов'язків являє собою окремий випадок крайньої необхідності.

За таких умов норма про крайню необхідність виступає своєрідним «ембріоном», з якого виростають й інші обставини, що виключають злочинність діяння. У такій ситуації, провокація такого виду не має на меті штучного створення умов вчинення злочинів правослухняними громадянами з подальшим викриттям їх, і на боці того, хто провокує, немає мотивів особистої заінтересованості. Провокація в таких випадках може бути необхідним, єдиним способом викриття правопорушника в його злочинній діяльності, недопущення вчинення нових, більш тяжких кримінальних правопорушень. Тому видається, що провокація в таких випадках може бути обставиною, що виключає злочинність діяння.

Провокація, яка може мати місце під час проведення оперативно-розшукових заходів, що застосовується з метою викриття злочинної діяльності, виявлення кола винних осіб у кримінальному правопорушенні, запобігання вчиненню більш тяжких посягань, може визнаватися дією суспільно корисною, незважаючи на те, що та завдає шкоди об'єкту, що охороняється.

Необхідно зазначити, що в системі обставин, що виключають злочинність діяння, провокація з метою викриття злочинця, його злочинної діяльності, підконтрольність злочинної діяльності з метою недопущення вчинення тяжкого кримінального правопорушення, на нашу думку,

заслуговує на певне місце в системі обставин, що виключають злочинність діяння, для таких провокацій, на підставі всіх перерахованих вище підстав. Дії співробітників, які діють під прикриттям (злочинне співтовариство), а також їхніх агентів носять суспільно корисний характер, що своєю чергою, повинно усувати саму можливість настання кримінальної відповідальності. Заподіяння шкоди працівниками правоохоронних органів завжди має вимушений характер, а в більшості випадків їхні дії підпадають під крайню необхідність. У даній ситуації завдана шкода не тільки не повинна вважатися суспільно небезпечною, але, навпаки має визнаватися суспільно корисним.

Слід звернути увагу на одне загальне правило, а саме на мету крайньої необхідності - недопущення настання набагато більшої шкоди суспільним відносинам, які охороняються. Мета впровадженого співробітника - виявити всю мережу зв'язків тієї чи іншої злочинної організації і запобігти тим самим можливості вчинення ними надалі злочинної діяльності. Діяльність таких працівників спрямована на викриття кримінальних правопорушень, але в процесі цього викриття вони змушені самі брати участь у різних кримінально караних діяннях. Отже, вони змушені вчиняти діяння, що підпадають під ознаки статей Особливої частини КК України. Незважаючи на це, на завершальній стадії своєї діяльності вони надають правоохоронним органам інформацію, яка дає змогу притягнути до кримінальної відповідальності не тільки виконавців, а й організаторів тяжких або особливо тяжких кримінальних правопорушень. Такі дії лише підтверджують суспільну корисність і виключають протиправність - як ознаку кримінального правопорушення.

Це положення повністю збігається з положеннями, що містяться в ст. 39 КК України. Так, за крайньої необхідності виникає таке становище, коли небезпека загрожує охоронюваному законом суспільному інтересу. Запобігти заподіяння шкоди цьому інтересу, усунути небезпеку, що загрожує, можна тільки шляхом заподіяння шкоди іншому інтересу (вчинення працівником правоохоронного органу низки протиправних діянь з метою входження в довіру лідерам злочинної групи). Обов'язковою умовою не притягнення такого працівника до кримінальної відповідальності виступає відсутність у його діях ознак, що дають змогу вказати на перевищення відповідних меж.

Розглянемо деякі умови правомірності крайньої необхідності, які зобов'язаний враховувати

агент у своїй діяльності. По-перше, заподіяна шкода має бути менш значною, ніж відвернена. Питання про заподіяну шкоду має вирішуватися в кожному окремому випадку самостійно залежно від конкретних обставин. При цьому необхідно враховувати характер небезпеки, що загрожує, наслідки, які могли настати, якби небезпека не була б відвернена, тощо.

Можливі випадки, коли працівник правоохоронного органу помилково вважає, що заподіє більшу шкоду, ніж шкода заподіяна. На дану обставину впливає недостовірна інформація про вчинення правопорушеннями дій, швидко мінливі обставини, в яких перебуває працівник тощо. У подібних випадках дії співробітника об'єктивно суспільно небезпечні і не можуть бути визнані крайньою необхідністю. Однак, якщо особа, яка припустилася подібної помилки, не передбачала і не могла передбачити справжнього співвідношення заподіяної і відверненої шкоди внаслідок сильного хвилювання (в деяких випадках навіть страху), що ускладнює її обмірковування, зважування різних варіантів дій, або внаслідок інших причин, її, з огляду на сумлінну помилку, не можна притягнути до кримінальної відповідальності.

Правомірне застосування провокації, на наш погляд, можливе лише при належному виконанні свого службового або громадського обов'язку. Ми маємо на увазі діяльність правоохоронних органів під час проведення оперативних заходів, а також осіб, які сприяють їм на конфіденційній основі, які можуть вдаватися до можливо вимушеної провокації з метою підконтрольності злочинної діяльності та своєчасного припинення кримінальних правопорушень.

Якщо ж провокація кримінального правопорушення здійснюється з особистої зацікавленості (помсти, корисливості, кар'єризму, заздрощів тощо), то така діяльність має бути кримінально караною. Провокація, як нам видається, може бути визнана правомірною за наявності низки умов. Перш за все, це наявність небезпеки, що загрожує правоохоронюваним інтересам. Тобто, здійснення акту правомірної провокації має бути спрямоване на відвернення наявної небезпеки, що безпосередньо загрожує заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам.

Про наявність небезпеки можливо говорити лише тоді, коли вона безпосередньо виникла, а не можлива в майбутньому. Для відвернення шкоди, яку може бути заподіяно в майбутньому (наприклад, виявлення задуму на вчинення кримінального правопорушення або готування до

менш тяжкого діяння), слід вживати запобіжних заходів, не пов'язаних із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам. Не може, на наш погляд, бути підставою для правомірної провокації і небезпека, що минула, припинилася (наприклад, якщо особа добровільно відмовилася від вчинення кримінального правопорушення).

Висновки. Таким чином, підставою для здійснення акту правомірної провокації буде протиправна дія людини (вчинення кримінального правопорушення, замах на вчинення кримінального правопорушення, готування до тяжкого або особливо тяжкого кримінального правопорушення). При цьому, особа, яка захищає будь-які правоохоронювані інтереси від суспільно небезпечного посягання, через службовий або громадський обов'язок, заподіює шкоду безпосередньо тому, хто провокується. Виходячи із суті пропонованої норми, відвернена шкода має бути більш значною, ніж вчинена під час провокаційних дій, інакше немає сенсу вдаватися до таких заходів.

Друга підстава правомірності здійснення провокації полягає в тому, що небезпека, яка загрожує правоохоронюваному інтересу, не може бути усунута за даних обставин іншими засобами, окрім як заподіяння шкоди теж правоохоронюваним інтересам, тобто це має бути єдиний ефективний спосіб усунення небезпеки та відвернення більш значної шкоди. В іншому разі не виключається кримінальна відповідальність провокатора.

Третя умова правомірності провокації полягає в тому, що заподіяна шкода має бути меншою за шкоду відвернену. Перевищенням меж правомірної провокації буде заподіяння шкоди провокаційними діями, яка явно не відповідає характеру і ступеню суспільної небезпеки. Якщо охоронюваним інтересам заподіюється шкода, що дорівнює або є більш значною, ніж відвернена, то таке перевищення повинно тягнути за собою кримінальну відповідальність тільки у випадках умисного заподіяння шкоди. Питання про те, чи заподіяна шкода є меншою за шкоду відвернену, повинно вирішуватися, як і за крайньої необхідності, в кожному випадку залежно від конкретних обставин.

Список використаної літератури:

1. Баулін Ю. В. Обставини, що виключають злочинність діяння. К.: УМК ВО, 1989. 48 с.
2. Матишевський П. С. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник для студ. юрид. вузів і фак. Київ: А.С.К., 2001. 352 с.
3. Лісова Н. В. Крайня необхідність як обставина, що виключає злочинність діяння : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. К., 2006. 198 с.
4. Шуп'яна М. Крайня необхідність: історико-правовий аспект законодавчого закріплення на українських землях. *Юридичний вісник*. № 4. 2019. С. 236-243.
5. Explanatory Notes to Rome Statute. URL: <https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icccommentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-3/>

Honcharova-Parfonova O. O. Provocation as a circumstance which excludes the criminality of an act

The article is devoted to the study of provocation of a criminal offense as a circumstance which excludes the criminality of an act. Provocation of a criminal offense, which may occur during the course of operational and investigative measures used to expose criminal activity, identify the circle of perpetrators, and prevent the commission of more serious criminal offenses, is a socially useful action which, although it causes damage to the protected object, is clearly intended to protect a more important object, and it seems that this damage should be less than the damage which was prevented, only then the use of provocative actions will be justified. It is noted that these criminal law features are characteristic of the institute of extreme necessity (Article 39 of the CC).

It is noted that the legislative definition of extreme necessity allows distinguishing three main features of extreme necessity as a sub-institution of circumstances which exclude criminal unlawfulness of an act: 1) a danger has arisen for the law-protected interests; 2) it cannot be eliminated in a manner other than by causing damage to other law-protected interests (i.e., the person had no opportunity to escape by running away, by contacting other persons, including the authorities, etc).

The author concludes that provocation of a criminal offense may be interpreted as an extreme necessity provided that three main grounds are met: provocation is carried out in response to an act of an unlawful person's action; the danger threatening a law-protected interest cannot be eliminated under the circumstances by other means than causing damage to the law-protected interests; the damage caused should be less than the damage prevented.

Key words: provocation of a criminal offense, criminal liability, circumstances excluding the criminality of an act, extreme necessity, harm caused, public interest.