

ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

АЛЬОШИНА ОЛЬГА ІВАНІВНА

УДК 343.342:343.352:343.362

ПРОВОКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ (КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ)

Спеціальність 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія;
кримінально-виконавче право

Автореферат

дисертації на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Дніпропетровськ – 2007

Дисертацією є рукопис.

Робота виконана в Харківському національному університеті внутрішніх справ Міністерства внутрішніх справ України.

Науковий керівник:

доктор юридичних наук, професор,
Бандурка Олександр Маркович,
Київський міжнародний університет,
радник-наставник ректора, академік
Академії правових наук України

Офіційні опоненти:

доктор юридичних наук, професор,
Ємельянов В'ячеслав Павлович,
Інститут вивчення проблем злочинності
Академії правових наук України,
головний науковий співробітник;

кандидат юридичних наук, професор,
Тютюгін Володимир Ілліч,
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, професор
кафедри кримінального права

Захист відбудеться “14” грудня 2007 р. о “14” годині на засіданні спеціалізованої вченої ради К 08.727.02 Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ МВС України за адресою: 49005, м. Дніпропетровськ, просп. Гагаріна, 26.

З дисертацією можна ознайомитись у бібліотеці Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ МВС України (49005, м. Дніпропетровськ, просп. Гагаріна, 26).

Автореферат розісланий “13” листопада 2007 р.

Вчений секретар
спеціалізованої вченої ради

С.М. Школа

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Актуальність теми. Протидія організованим злочинності та корупції є одним з основних напрямків діяльності держави на сучасному етапі. Органи державної влади намагаються ефективно протидіяти цим негативним явищам. У таких умовах співробітники правоохоронних органів докладають багато зусиль для того, щоб виявити та довести факти вчинення корупційних й інших злочинів. Водночас для досягнення відповідних цілей вони нерідко використовують незаконні, хоча й ефективні засоби, зокрема пов'язані з провокацією злочинів з метою подальшого викриття спровокованих осіб.

Разом з тим, незважаючи на велику практичну значимість, проблема кримінальної відповідальності за провокацію злочину є однією з найменш досліджених у науці кримінального права. Сучасне кримінальне законодавство також не містить належної правової бази, яка б дозволяла вирішити таку проблему. Так, Кримінальний кодекс України встановлює кримінальну відповідальність тільки за провокацію хабара (ст. 370 КК). За межами кримінально-правового регулювання залишилися інші злочини, які також можуть бути спровоковані. Зокрема, певні злочини проти життя та здоров'я, злочини проти власності, злочини в сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів та багато інших злочинних діянь.

Незважаючи на те, що проблема провокації є однією з найбільш складних, але найменш досліджених в теорії кримінального права, окремі її аспекти в різні часи викликали певний інтерес науковців. Ще в дореволюційному кримінальному праві деякі питання цієї теми розглядалися в роботах Л.С. Белогриць-Котляревського, Г.Є. Колоколова, С.В. Познишева, В.Д. Спасовича, М.С. Таганцева, І.Я. Хейфеца та ін. У радянські часи окрему увагу питанням провокації приділяли Ф.Г. Бурчак, І.А. Гельфанд, А.Ф. Зелінський, В.Ф. Кириченко, М.І. Ковальов, В.Д. Меньшагін, А.А. Піонтковський, О.Я. Светлов та інші вчені-правознавці. В сучасній літературі окремим аспектам кримінальної відповідальності за провокацію злочинів присвячені роботи О.М. Бандурки, О.Ф. Бантишева, Б.В. Волженкіна, О.В. Говорухіної, Н.О. Гуторової, Н.А. Єгорової, В.П. Ємельянова., В.Д. Іванова, В.П. Котіна, О.М. Литвака, О.О. Мастеркова, М.І. Мельника, В.О. Навроцького, В.І. Тютюгіна, О.В. Ус та інших вчених.

Віддаючи належне роботам цих та інших вчених, слід визнати, що до теперішнього часу в юридичній теорії та практиці не проводилося комплексного кримінально-правового дослідження провокації злочину. Переважна більшість вчених у своїх дослідженнях приділяли увагу тільки характеристиці провокації хабара, як спеціального виду злочину у сфері службової діяльності, або коротко зупинялися на аналізі провокації в рамках вивчення спеціальних питань відповідальності

за співучасть у злочині. Залишається дискусійним загальне кримінально-правове визначення провокації злочину, до того ж відсутнє єдине розуміння її об'єктивних та суб'єктивних ознак, не вирішені питання про ступінь її суспільної небезпечності та відповідальність провокатора і спровокованої особи. У зв'язку з цим у правозастосовчій практиці виникають проблеми, пов'язані з кваліфікацією дій особи, яка вчинила провокацію, а також особи, яка вчинила спровокований злочин.

Усе це, а також відсутність комплексного дослідження з цієї проблеми у вітчизняній кримінально-правовій науці визначило вибір теми дисертації та обумовило її значимість

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертація виконана відповідно до Комплексної програми профілактики правопорушень на 2007-2009 роки (затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 20 грудня 2006 року № 1767); пп. 1.1, 9.1 „Пріоритетних напрямків наукових досліджень Харківського національного університету внутрішніх справ на 2006-2010 рр.” і є складовою планів наукових досліджень кафедри кримінального права та кримінології ХНУВС.

Мета і завдання дослідження. Метою дисертації є розробка кримінально-правового визначення провокації злочину, формулювання теоретично обґрунтованих висновків щодо сутності діяльності провокатора та спровокованої особи, вирішення питань їх відповідальності, а також вироблення на цій підставі пропозицій щодо удосконалення кримінального законодавства та практики його застосування.

Для досягнення визначеної мети перед дослідником були поставлені такі завдання:

- провести історико-правовий аналіз кримінально-правових норм, що регулюють відповідальність за провокацію злочину;
- вивчити міжнародний досвід протидії провокаційній діяльності;
- проаналізувати стан наукової розробленості проблеми в теорії кримінального права;
- дослідити об'єктивні та суб'єктивні ознаки провокації та визначити її кримінально-правове поняття;
- визначити місце провокації в межах інституту співучасті та провести її розмежування із суміжними поняттями, зокрема підбурюванням та організацією злочину;
- проаналізувати особливості кримінально-правової оцінки службової провокації, зокрема провокації злочинів, що вчиняється працівниками правоохоронних органів;
- провести співвідношення провокації з обставинами, що виключають злочинність діяння та пом'якшують покарання;
- розробити пропозиції і рекомендації щодо вдосконалення кримінального законодавства та інших нормативних актів України, а також практичної реалізації законодавчих новел Кримінального кодексу України.

Об'єктом дослідження виступає сукупність охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, що виникають у зв'язку із вчиненням провокації злочину.

Предмет дослідження – чинні кримінально-правові норми про відповідальність за провокацію злочинів, вітчизняне кримінальне законодавство минулих років, законодавство низки зарубіжних країн щодо протидії провокаційній діяльності, система наукових поглядів і розробок стосовно цієї проблеми.

Методи дослідження. За методологічну основу дослідження взято основні положення філософії, соціології, психології, загальної теорії права. Застосування методу *структурно-системного аналізу* дозволило провести наскрізне комплексне дослідження проблем кримінальної відповідальності за провокаційну діяльність. *Історико-правовий* метод використовувався для розкриття генезису норм, що регулюють відповідальність за провокацію злочину у вітчизняному кримінальному праві. Для виявлення різних підходів щодо встановлення відповідальності за провокаційну діяльність у кримінальному законодавстві зарубіжних країн і КК України було застосовано *порівняльно-правовий* метод. *Догматичний* метод застосовувався при аналізі змісту законодавчих положень про відповідальність провокатора. *Формально-юридичний* метод забезпечив дослідження об'єктивних та суб'єктивних ознак провокації злочину, формулювання понять і вироблення пропозицій щодо вдосконалення КК і практики його застосування. У процесі

аналізу законодавчих новел було використано різні способи тлумачення: систематичний, граматичний, історичний і логічної інтерпретації. Даючи характеристику особливостей кваліфікації провокації окремих злочинів, автор застосовував статистичний, логіко-семантичний і формально-логічний методи. Метод *соціологічного опитування* було використано для з'ясування сучасного стану проблеми використання провокаційних способів у діяльності працівників правоохоронних органів та вироблення кримінально-правових заходів протидії цьому негативному явищу (було опитано 120 працівників оперативних підрозділів ДСБЕЗ і УБОЗ МВС України та 45 працівників прокуратури).

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що вперше в Україні на рівні дисертації проведено наскрізне комплексне дослідження проблем кримінальної відповідальності за провокацію злочину. Важливо і те, що це дослідження здійснено на базі нового Кримінального кодексу.

На базі результатів дослідження сформульовано нові наукові положення, висновки та рекомендації, з яких:

Вперше:

- на підставі аналізу об'єктивних та суб'єктивних ознак запропоновано авторське кримінально-правове визначення провокації злочину, під якою розуміється *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;*

- розроблено класифікацію способів провокації злочину залежно від впливу на свідомість та волю спровокованої особи: 1) способи провокації, що пов'язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника (провокація шляхом організації або підбурювання); 2) способи провокації, що не пов'язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника. Окрім цього, запропоновано класифікацію провокаторських дій залежно від ступеня їх суспільної небезпечності на такі, які: а) самі по собі не є злочинними (якщо розглядати їх ізольовано від діяння, вчиненого спровокованою особою); б) утворюють самостійний склад злочину;

- пропонується виділяти найближчу (викликати у особи намір вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні), проміжну (безпосереднє вчинення спровокованим злочину або співучасть у вчиненні злочину) та кінцеву (заподіяння шкоди спровокованій особі) мету діяльності провокатора злочину;

- доведено, що об'єкт кримінально-правової охорони при провокації злочинів, яка вчиняється службовими особами правоохоронних органів, не співпадає з об'єктом провокаційних дій з боку інших суб'єктів. На цій підставі визначаються особливості кваліфікації провокації злочинів залежно від суб'єктів її вчинення;

- проведено дослідження провокаційної діяльності в межах інституту обставин, що виключають злочинність діяння, та визначено можливість визнавати провокацію обставиною, що виключає злочинність діяння та пом'якшує покарання;

набули подальшого розвитку:

- аргументи на користь того, що провокація не охоплюється виключно виконанням відповідної ролі співучасника. Відповідно до цього проведено дослідження провокації злочину в межах інституту співучасті та встановлено її співвідношення з підбурюванням та організацією злочину;

- положення про те, що родовим об'єктом провокації хабара слід визнавати не загальні відносини у сфері службової діяльності, а інтереси правосуддя;

- наукова позиція стосовно того, що провокація хабара є безпредметним злочином. При вчиненні цього злочину хабар слід визнавати не предметом, а засобом, за допомогою якого винна особа досягає злочинної мети;

- положення про те, що аналіз вини діяльності провокатора злочину слід проводити на підставі окремого аналізу його психічного ставлення до власних дій та наслідків, що настали в результаті провокації; були запропоновані правила визначення цього положення;

– наукові положення щодо кваліфікації дій провокатора злочину та особи, яка була спровокована на вчинення злочину;
– розвинуті, а в ряді випадків сформульовані вперше конкретні рекомендації щодо подальшого вдосконалення кримінального законодавства України та правозастосовчої практики.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що вони використовуються чи можуть бути використані:

– у сфері науково-дослідної діяльності – для подальшого вивчення теоретичних проблем кримінальної відповідальності за провокацію злочину;
– у правотворчості – за результатами роботи підготовлено та направлено до комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності Верховної Ради України авторські пропозиції щодо вдосконалення діючого законодавства, спрямованого на протидію провокаціям злочинів, які відповідно до висновків комісії виявили необхідний теоретичний та методологічний рівень і практичну значимість та можуть бути враховані у своїй більшості при доопрацюванні КК України (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження від 19.09.2007 № 06-19/14-1616);
– у правозастосовчій діяльності – для вирішення питань кваліфікації дій провокатора і спровокованого; розмежування провокації із суміжними кримінально-правовими поняттями та оперативно-розшуковими заходами;
– у навчальному процесі – результати дисертаційного дослідження використовуються у навчальному і виховному процесі Харківського національного університету внутрішніх справ. Зокрема, деякі зі сформульованих у дисертації положень використовуються при проведенні лекційних, семінарських та практичних занять з курсантами та студентами. Здобувачем розроблена й апробована фондова лекція на тему „Злочини у сфері службової діяльності”, що розглянута і затверджена Методичною радою ХНУВС (протокол № 9 від 18.07.2007), та яка використовується викладачами у навчальному процесі ХНУВС (акт впровадження дисертаційного дослідження від 24.07.2007).

Апробація результатів дисертації. Основні положення дисертації обговорено на засіданнях кафедри кримінального права і кримінології Харківського національного університету внутрішніх справ, науково-практичних семінарах. Результати дисертаційного дослідження та практичні рекомендації доповідалися на науково-практичних конференціях молодих вчених (Харків, Харківський національний університет внутрішніх справ, квітень 2005 року, травень 2007 року).

Публікації. Основні результати дисертаційного дослідження оприлюднені у чотирьох статтях, які опубліковані у наукових фахових виданнях, що входять до переліку, затвердженого ВАК України, та у двох тезах виступів на конференціях.

Структура дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які об'єднують вісім підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Повний обсяг дисертації – 204 сторінки. Список використаних джерел складається із 208 найменувань і займає 17 сторінок, додатки – 7 сторінок.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ РОБОТИ

У вступі обґрунтовується актуальність теми дослідження та визначається ступінь наукової розробки теми, зв'язок з науковими програмами, планами, темами, мета та завдання, об'єкт, предмет і структура дослідження, формулюється його методологічна основа, підкреслюється наукова новизна і практичне значення, наводиться апробація результатів дослідження.

Перший розділ „Історико-правовий аналіз та міжнародний досвід протидії провокації злочинів” складається з двох підрозділів.

У підрозділі 1.1. „Історико-правовий аспект розвитку кримінально-правових норм про відповідальність за провокацію злочинів” простежено історію виникнення, формування та подальшого розвитку норм про кримінальну відповідальність за провокацію злочинів.

Історичні корені провокації як правового явища виходять із законів Древнього Риму, якими встановлювалося правило «provocatio ad populum» - процедура прямої апеляції до народу

громадянина, засудженого судом магістрату. Тобто правовий інститут провокації споконвічно розумівся зовсім інакше, у порівнянні із сучасним його змістом, і був спрямований на забезпечення гарантії прав і законних інтересів громадян. Провокація як соціальне явище, у сучасному розумінні, з'являється набагато раніше. Спочатку провокаційні методи використовувалися, як правило, у політичних і військових цілях. У той же час такі методи в окремих випадках застосовувалися для розправи з інакомислячими. В епоху середньовіччя відбувається поступова еволюція поняття провокації. У цей період, коли створювалася політика, вільна від будь-яких стримувань морального або релігійного характеру та яка брала до уваги тільки реальні інтереси монарха, методи провокації одержали широке поширення. У той же час моральна і правова сторони провокації у окремих філософів і юристів середньовіччя викликали сумніви.

У цьому підрозділі відзначається, що найбільш серйозний рівень теоретичної розробки питання щодо провокації одержало у матеріалах європейської (насамперед німецької) літератури ще в середині XIX ст. і у вітчизняній юридичній літературі другої половини XIX – початку XX століття. Майже всі автори численних досліджень з даної тематики схильні були суворо ставитись до агентів-провокаторів. Завдяки цьому поняття «провокація» було розроблено ними досить ретельно і сумлінно, з урахуванням численних нюансів. Автор дає коментар-характеристику поглядів європейських та вітчизняних вчених криміналістів XIX – початку XX століття, зокрема М.С. Таганцева, Л.С. Белогріц-Котляревського, Г. Колоколова, І.Я. Хейфіца, Геппа, Борхерта, Брейденбаха, Гейльборна, Біндінга та інших, які займалися дослідженням окремих проблем кримінальної відповідальності за провокацію злочинів.

Разом з тим, у законодавстві дореволюційного часу були відсутні спеціальні законодавчі положення щодо провокації. У 1922 році законодавець пішов принципово іншим шляхом і визнав за необхідне виділити в окремий склад такий випадок провокації злочину, як «провокація хабара». Дана норма спочатку передбачала відповідальність винятково за провокацію дачі хабара, а в 1926 році була розширена, передбачивши додатково відповідальність і за провокацію одержання хабара. Після проведення правової реформи наприкінці 50-х – початку 60-х років зазначена норма збереглася тільки в КК УРСР і згодом була перенесена в нині діючий КК України.

Підрозділ 1.2. „Відповідальність за провокацію злочинів за законодавством зарубіжних країн” присвячений аналізу зарубіжного законодавства у сфері протидії провокаційній діяльності як кримінально-правовими, так і іншими засобами. У роботі розглянуті відповідні норми в законодавстві Федеративної Республіки Німеччини, США, Японії, Іспанії, Болгарії, а також держав – учасниць СНД.

Провокація, як метод діяльності правоохоронних органів, у багатьох закордонних країнах поділяється на правомірну і неправомірну. Система критеріїв, які визначають правомірність провокації, дає можливість на законній підставі провокувати осіб, схильних до вчинення злочину. Забороненими методами провокації вважаються лише такі дії інформатора, що спрямовані на спонукання людини, яка не має злочинного наміру, вчинити злочин.

З метою встановлення правомірності або неправомірності дій негласних співробітників, у західних законодавчих моделях здійснюється акцент на деталізацію регламентації порядку використання співробітників та інформаторів у секретних операціях. Однак це не гарантує встановлення чіткої границі між провокацією та правомірними діями агента.

В усіх державах – колишніх союзних республіках після розпаду СРСР, з визначенням пріоритетів нової кримінально-правової політики, питання про юридичну оцінку провокації злочину набуває вельми актуального значення. У той самий час, зберігши наступність основних кримінально-правових положень радянського часу, законодавці більшості нових незалежних держав пішли шляхом криміналізації тільки окремих випадків провокації, пов'язаної зі встановленням відповідальності за схилення особи до одержання незаконної винагороди. Разом з тим, загальне визначення провокації, розуміння її юридичного змісту, а також питання правової оцінки провокаційних дій тлумачаться в різних країнах неоднозначно.

Другий розділ „Визначення поняття та змісту провокації злочину” складається з чотирьох підрозділів.

У підрозділі 2.1. „Провокація злочину як спеціальне питання відповідальності за співучасть у злочині” провокація злочину досліджується в межах інституту співучасті у злочині. Автор не погоджується з традиційною у кримінальному праві точкою зору вчених, згідно з якою провокація злочину є *підбурюванням до нього*, тобто його спеціальним різновидом.

Розглядаючи провокацію злочину як спеціальне питання відповідальності за співучасть, автор встановлює співвідношення провокації з видами співучасті, передбаченими у ст. 27 КК. Обґрунтовується висновок, що *провокаційна діяльність може охоплюватися двома видами співучасті – підбурюванням або організацією злочину*, адже ініціатива скоєння злочину може належати не тільки підбурювачу, а й організатору злочину. У роботі з критичного боку розглядається думка криміналістів про можливість визнання провокацією злочину пособницьких дій. Доводиться, що *пособник не може виступати в ролі провокатора, проте виконання пособницьких дій у процесі провокації цілком припустиме*.

Водночас у цьому підрозділі висловлюється авторська позиція про те, що провокацію злочину не слід обмежувати лише рамками інституту співучасті у злочині та розглядати тільки як спеціальне питання відповідальності за співучасть. На підставі аналізу законодавчих положень, судової практики та теоретичних досліджень аргументується, що провокація злочину може бути прихованою, непрямною. Провокаційні способи не обмежуються схилянням до вчинення злочину, а можуть виражатися і в натяках, навіть в рухах, жестах та інших діях.

Підрозділ 2.2. „Об’єктивні ознаки провокації злочину” присвячений аналізу ознак провокації злочину, які характеризують її зовнішню сторону. На підставі аналізу можливих форм діяння при вчиненні провокації робиться висновок, що єдиною формою вираження діяння при провокації злочину є тільки суспільно небезпечна дія, тобто активна поведінка винної особи.

Звертається увага на те, що з об’єктивної сторони провокаційні дії завжди повинні передувати злочинній поведінці особи, яка провокується. Більш того, створення обстановки, що викликає вчинення злочину, не лише повинно передувати виконанню діяння спровокованою особою, а й передувати виникненню у такої особи наміру вчинити злочин. Автор доходить висновку, що загальним способом вчинення провокаційних дій завжди виступає *створення відповідної обстановки*, яка в свою чергу викликає намір та подальше вчинення злочину. Саме таке визначення способу провокації охоплює всі можливі ситуації, пов’язані із вчиненням провокаційних дій.

У цьому підрозділі пропонується класифікація способів провокаційної діяльності за двома критеріями: 1. У залежності від впливу на свідомість та волю спровокованої особи; 2. У залежності від суспільно небезпечного характеру вчинених дій. За першим критерієм виділяються наступні види способів провокації злочинів: 1) способи провокації, що пов’язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника і які в свою чергу автор розподіляє на: а) провокацію шляхом підбурювання особи до вчинення злочину або співучасті у ньому (шляхом переконання особи вчинити злочин, застосування фізичного або психічного примусу); б) провокацію шляхом організації злочину; 2) способи провокації, що не пов’язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника, тобто інше створення обстановки, яка викликає намір вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні, і які включають: а) вчинення фізичних дій, що створюють обстановку, яка викликає намір вчинити злочин (наприклад, провокація необхідної оборони); б) вчинення інформаційних дій, що створюють обстановку, яка викликає намір вчинити злочин (така провокація може вчинюватися за допомогою словесної форми передачі інформації (усно чи письмово), а також шляхом вчинення конклюдентних (смыслових) дій. За другим критерієм способи провокації злочину поділяються на наступні: 1) дії, спрямовані на створення відповідної обстановки, які самі по собі не є злочинними; 2) дії, спрямовані на створення відповідної обстановки, які утворюють самостійний склад злочину.

Аналізуючи об’єктивні межі діяльності провокатора, автор наголошує, що початковим моментом провокації є дія, спрямована на створення обстановки, яка викликає намір вчинити злочин. Тому не можна визнати провокацією лише наявність бажання або рішучості створити відповідну обстановку без виконання провокатором конкретних дій, спрямованих на реалізацію цього бажання. Кінцевим моментом власне провокаторських дій слід визнавати виникнення у

особи наміру вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні. Разом з тим, момент закінчення того злочину, до скоєння якого було спровоковано особу, визначається вчиненням такою особою діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого в диспозиції статті Особливої частини КК України.

У підрозділі 2.3. „Суб’єктивні ознаки провокації злочину” проведено дослідження внутрішніх, суб’єктивних ознак провокації. Провокаційна діяльність умовно проходить декілька етапів, пов’язаних не тільки із вчиненням провокатором суто власних дій, а й з наслідками, що настали внаслідок їх вчинення. На цій підставі автор доходить висновку, що аналіз вини діяльності провокатора злочину слід проводити на підставі окремого аналізу його психічного ставлення до власних дій та до наслідків, що настали в результаті провокації: 1) відносно створення обстановки, відповідних об’єктивно-предметних умов, – з боку провокатора можливий тільки прямий умисел; 2) відносно наслідків у вигляді виникнення наміру у особи вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні – з боку провокатора можливий також тільки прямий умисел; 3) до наслідків у вигляді вчинення спровокованою особою злочину або виконання ролі будь-якого співучасника у ньому – з боку провокатора має місце також прямий умисел; 4) до суспільно небезпечних наслідків, що настали в результаті вчинення діяння спровокованою особою, – з боку провокатора можливі наступні варіанти психічного ставлення: а) прямий умисел, при якому провокатор бажає настання суспільно-небезпечних наслідків у результаті діяння особи, яка була спровокована; б) непрямий умисел, при якому провокатор свідомо допускає настання суспільно-небезпечних наслідків у результаті діяння особи, яка була спровокована; в) необережність, при якій провокатор легковажно розраховував на відвернення суспільно-небезпечних наслідків, що настали в результаті діяння особи, яка була спровокована, або не передбачав, хоча повинен був і міг їх передбачити.

Звертається увага на те, що при провокації злочину можливий як двосторонній, так і односторонній суб’єктивний зв’язок між провокатором та спровокованим, але обов’язково провокатор має бути поінформований, що своїми діями викликає намір у іншої особи вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні.

Аналізуючи мету діяльності провокатора як одну з центральних суб’єктивних ознак провокації злочину, автор не погоджується з поширеною в теорії кримінального права точкою зору, що єдиною метою при вчиненні провокації виступає *викриття особи для подальшого притягнення її до відповідальності*. Автор висловлює думку, згідно з якою при будь-якій провокаційній діяльності провокатор прагне заподіяти шкоду спровокованій особі. Така шкода може мати як матеріальний (наприклад, коли провокатор діє з метою шантажу спровокованого і отримання вигод майнового характеру, заподіяння фізичної шкоди спровокованій особі), так і нематеріальний характер (коли провокатор діє з метою притягнути особу до кримінальної відповідальності, заподіяти моральну шкоду спровокованій особі шляхом доведення відомостей про її протиправну поведінку до відома родичів, близьких осіб та ін.).

З урахуванням того, що діяльність провокатора проходить декілька етапів і кожен з цих етапів характеризується не тільки окремим встановленням вини, а й окремим встановленням мети щодо кожного наслідку, який є результатом дій провокатора, можна виділити наступні цілі, які прагне досягнути провокатор, що вчиняє злочинні дії: 1) найближча мета діяльності провокатора – викликати у особи намір вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні; 2) проміжна мета – безпосереднє вчинення особою злочину (вчинення готування, замаху на злочин або закінченого злочину) або співучасть у вчиненні злочину; 3) кінцева (основна) мета – заподіяння матеріальної чи нематеріальної шкоди спровокованій особі.

У цьому ж підрозділі, на підставі узагальнення дослідження об’єктивних та суб’єктивних ознак провокації злочину, автор пропонує кримінально-правове визначення останньої, під якою слід розуміти *завідоме створення особою такої 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*. Так само автор визначає правила кваліфікації діяння провокатора та спровокованої особи залежно від наявності двостороннього або одностороннього суб’єктивного зв’язку між ними.

У підрозділі 2.4. „Кримінально-правова оцінка провокації злочинів, що вчиняється працівниками правоохоронних органів” наголошується, що провокація злочину, яка вчиняється службовими особами правоохоронних органів, має суттєві особливості порівняно з провокацією злочинів загальними суб’єктами, тому що посягає на інше коло суспільних відносин.

У цьому підрозділі окрему увагу автор приділяє дослідженню спеціальної кримінально-правової норми, що передбачає відповідальність за службову провокацію (ст. 370 КК „Провокація хабара”). Автор вважає, що суспільні відносини, яким завдається шкода даванням-одержанням хабара та провокацією хабара, не співпадають за своїм змістом. Характеристика такого злочину, як провокація хабара, свідчить, що службова особа, яка вчиняє провокацію, безумовно порушує відносини у сфері належної службової діяльності, але ці відносини мають свою специфіку і стосуються лише окремої ланки такої діяльності, що очевидно виходить за межі хабарництва. Оскільки при провокації хабара особа переслідує мету викрити того, хто дав або одержав хабара, а досягнення цієї мети не можливе без притягнення органів правосуддя та досудового розслідування, висловлюється думка, що родовим об’єктом провокації хабара є суспільні відносини у сфері нормального, законного відправлення правосуддя. Додатковим безпосереднім об’єктом цього злочину слід визнавати права та законні інтереси спровокованої особи, що поставлені під загрозу діями службовця, який провокує одержання або давання хабара.

Наголошується, що сутність провокації хабара пов’язана не з самим фактом одержання чи давання, не з предметом майнового характеру, яким виступає хабар, а з тим, щоб *викликати пропозицію*, спрямовану на його одержання чи давання. І те, що термін „хабар” присутній як у назві, так і у диспозиції цієї статті, ще не дає підстави визнавати хабар предметом цього складу злочину. На цій підставі автор доходить висновку, що провокація хабара є безпредметним злочином.

У цьому підрозділі обґрунтовується висновок, що кримінально-правова норма, закріплена у ст. 370 КК, не є достатнім кримінально-правовим засобом протидії провокаційній діяльності з боку службових осіб. На цій підставі пропонується доповнити розділ XVIII КК „Злочини проти правосуддя” відповідною нормою, що встановлює кримінальну відповідальність за провокацію службовою особою умисного злочину.

Третій розділ „Обставини, що виключають злочинність діяння та пом’якшують покарання за провокацію злочину” складається з двох підрозділів.

На початку підрозділу 3.1. „Обставини, що виключають злочинність діяння за провокацію злочину” автор порушує питання про можливість виключення кримінальної відповідальності за провокацію злочинів. Дане питання в першу чергу стосується провокаційної діяльності співробітників правоохоронних органів та осіб, які співпрацюють з ними на контрактній основі та проникають у злочинне середовище. Наголошується, що за своїм змістом провокація злочину з боку зазначених осіб є найбільш близькою до трьох обставин, які закріплені у розділі VIII Загальної частини КК – крайньої необхідності (ст. 39 КК), виконання наказу або розпорядження (ст. 41 КК), виконання спеціального завдання з попередження злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 43 КК). Цей підрозділ складається з чотирьох пунктів.

Пункт 3.1.1. „Провокація злочину та крайня необхідність” присвячений встановленню можливості виключення кримінальної відповідальності за провокацію злочину на підставі ст. 39 КК „Крайня необхідність”. Автор не погоджується з думкою окремих вчених-криміналістів про можливість виправдання окремих випадків провокації злочинів з боку службових осіб правоохоронних органів на підставі зазначеної норми. По-перше, при вчиненні провокації не можна говорити про наявність *безпосередньої загрози заподіяння шкоди*, тобто першого елементу підстави крайньої необхідності. Навіть коли є достовірна інформація про попередні злочинні дії особи, ще не є доведеним фактом та обставина, що така особа надалі буде вчиняти злочини. По-друге, специфіка провокаційної діяльності виключає й другий елемент підстави крайньої необхідності – відсутність реальної можливості усунути небезпеку, що загрожує, іншими засобами, ніж вчиненням провокаційних дій, адже до поведінки провокатора у особи, яка провокується, ще має бути відсутній намір вчинити певний злочин. Таким чином, саме провокатор по суті виступає

особою, яка породжує злочинця та злочин. Крім того, ефективність діяльності правоохоронних органів не повинна ставитися у залежність від використання будь-яких (у тому числі незаконних) засобів при виконанні завдання щодо попередження та розкриття злочинів.

У пункті 3.1.2. „Провокація злочину і виконання наказу або розпорядження” автор зазначає, що наказ службової особи вчинити провокаційні дії для того, щоб надалі притягнути спровоковану особу до кримінальної відповідальності, є в будь-якому випадку явно злочинним наказом. Такий наказ прямо суперечить принципу законності при виконанні дій, пов’язаних із встановленим порядком збирання та отримання доказів за кримінальною справою. Таким чином, провокація злочину не може утворювати ознаки такої обставини, що виключає злочинність діяння, як виконання наказу або розпорядження. В таких випадках відсутня підстава, необхідна та достатня для застосування положень ст. 41 КК, - наявність *законного наказу*. Разом з тим, виключається відповідальність особи, яка, виконуючи відповідні дії, не усвідомлювала і не могла усвідомлювати злочинного характеру наказу, тобто не усвідомлювала і не могла усвідомлювати того, що вчиняє провокаційні дії. Проте особа, яка одержуючи наказ працівника правоохоронного органу вчинити провокаційні дії, не усвідомлює його злочинного характеру, але за обставинами справи повинна була і могла усвідомлювати його злочинність, має підлягати відповідальності за необережний злочин, якщо таке діяння передбачене в КК як злочинне (наприклад, службова недбалість – ст. 367 КК України).

У пункті 3.1.3. „Провокація злочину і виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації” висловлюється думка, що ця обставина є єдиною нормою серед передбачених у розділі VIII 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 і тим самим піддати себе небезпеці, 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, її відповідальність, за загальним правилом, не виключається і повинна наставати з урахуванням правил, передбачених ч. 3 ст. 43 КК. Проте ч. 2 ст. 43 КК не враховує всіх випадків виправданого заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, зокрема ситуацій, коли особа, провокуючи відповідні злочини, не передбачала та й не могла передбачити, що злочинці зможуть довести злочин до кінця. На цій підставі пропонуються відповідні доповнення до ст. 43 КК.

У пункті 3.1.4. „Особливості добровільної відмови провокатора злочину” зазначається, що у тих випадках, коли спосіб провокації не пов’язаний із виконанням провокатором ролі організатора або підбурювача, його добровільна відмова не має особливостей порівняно з добровільною відмовою особи, яка діє індивідуально, та має розглядатися за загальними правилами, передбаченими ст. 17 КК України.

Якщо способом провокації виступає виконання провокатором ролі організатора або підбурювача, його добровільна відмова повинна розглядатися за правилами ч. 2 ст. 31 КК, яка передбачає особливості добровільної відмови таких співучасників. Водночас автор зазначає, що, формулюючи особливості добровільної відмови організатора та підбурювача, законодавець не врахував ту обставину, що ці співучасники можуть вчиняти відповідні дії з провокаційною метою. Зокрема, можливість визнання передбачених у ч. 2 ст. 31 КК дій організатора та підбурювача (відвернення вчинення злочину або своєчасне повідомлення про його готування або вчинення) в якості форми добровільної відмови провокатора обумовлюється змістом мети, яку переслідує останній. Так, якщо відвернення вчинення злочину спровокованою особою або повідомлення органам влади про такий злочин здійснюються з провокаційною метою викриття такої особи або заподіяння їй шкоди, відповідні дії не можна визнавати формами добровільної відмови провокатора. Проте, якщо вказані дії вчиняються „провокатором” після того, як його мета змінилася, і він робить це не з метою викриття чи заподіяння шкоди спровокованому, а щоб припинити доведення злочину до кінця, то в цьому випадку є підстави говорити про добровільну

відмову.

Так само у цьому пункті аналізується заохочувальна норма, передбачена у ч.3 ст. 369 КК, зокрема, пов'язана з дійовим каяттям хабародавця як підставою його звільнення від кримінальної відповідальності. Висловлюється авторська позиція, згідно з якою, якщо давання хабара було вчинене з провокаційною метою викриття особи, яка одержала хабар, то подальшу своєчасну заяву до відповідних органів про факт давання хабара не можна визнавати підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності за давання хабара.

На підставі проведеного дослідження автором запропоновані відповідні доповнення до ст. 31 КК та ст. 369 КК.

Підрозділ 3.2. „Провокація злочину як обставина, що пом'якшує покарання”

присвячений встановленню співвідношення між провокацією злочину та переліком обставин, що пом'якшують покарання, які закріплені у ст. 66 КК. У цьому підрозділі наголошується, що вчинення спровокованого злочину має суттєву відмінність від такої обставини, що пом'якшує покарання, як вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого (п. 7 ч. 1 ст. 66 КК). Дисертант доходить висновку, що законодавець не надав належної юридичної оцінки не тільки поведінці провокатора, але й не врахував специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності. На цій підставі пропонується доповнити ч. 1 ст. 66 КК України „Обставини, які пом'якшують покарання”, відповідним пунктом, а саме: „...10) вчинення спровокованого злочину”.

ВИСНОВКИ

У результаті дослідження комплексу проблем, пов'язаних із кримінально-правовою оцінкою провокації злочинів, сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства України:

1) доповнити розділ VI Загальної частини КК „Співучасть у злочині” статтею 31¹ „Провокація злочину” та викласти її у наступній редакції:

1. Провокацією злочину є завідоме створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину або співучасть у ньому, з метою її викриття, шантажу або заподіяння іншої матеріальної чи нематеріальної шкоди такій особі.

2. У разі, коли провокація злочину здійснюється шляхом організації або підбурювання до злочину, провокатор підлягає відповідальності за співучасть у злочині відповідно до статей 29-31 цього Кодексу. В інших випадках провокатор підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинений спровокованою особою злочин, з посиланням на частину першу статті 31¹ цього Кодексу.

2) Виключити ст. 370 КК „Провокація хабара” як таку, що не є достатнім кримінально-правовим засобом протидії провокаційній діяльності з боку службових осіб, а також доповнити розділ XVIII Особливої частини КК „Злочини проти правосуддя” статтею 383¹ „Провокація злочину службовою особою правоохоронних органів” та викласти її у наступній редакції:

1. Завідоме створення службовою особою правоохоронних органів обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину або співучасть у ньому, з метою притягнення такої особи до відповідальності, -

карається...

2. Ті самі дії, якщо вони спричинили тяжкі наслідки - караються...

3) Доповнити ст. 43 КК України „Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації” частиною четвертою, яку викласти у наступній редакції:

Не підлягає відповідальності особа, яка, виконуючи спеціальне завдання, спровокувала злочин, що передбачений частиною другою цієї статті, за наявності достатніх підстав вважати, що цей злочин буде припинено відповідними органами на стадії готування або замаху.

4) Доповнити ст. 31 КК України „Добровільна відмова співучасників” частиною четвертою, яку викласти у такій редакції:

Не визнається добровільною відмовою організатора або підбурювача відвернення вчинення злочину або своєчасне повідомлення ними відповідних органів державної влади про злочин, що готується або вчиняється, якщо у такий спосіб зазначені особи намагалися досягнути провокаційної мети викриття іншого співучасника або заподіяння йому матеріальної чи нематеріальної шкоди.

5) Доповнити ч. 3 ст. 369 КК України „Давання хабара” після слів „...порушення кримінальної справи.” словами:

Не визнається добровільною заява про факт давання хабара та не звільняється від кримінальної відповідальності на цій підставі особа, яка дала хабар з провокаційною метою подальшого викриття особи, яка одержала хабар.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

1. Альошина О.І. Міжнародний досвід у боротьбі з провокаційною діяльністю // Наше право. – 2005. – № 2. – С. 40-43.
2. Альошина О.І. Визначення провокації злочину в кримінальному праві України // Право і безпека. – 2005. – № 4/5. – С. 51-54.
3. Альошина О.І. Суб’єктивна сторона провокації злочину // Наше право. – 2006. – № 3 (І ч.). – С. 63-66.
4. Альошина О.І. До питання щодо визначення об’єкту провокації хабара // Наше право. – 2007. – № 3. – С. 87-89.
5. Альошина О.І. Відповідальність за провокацію злочинів за законодавством зарубіжних країн // Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих вчених: Збірка наукових праць. – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2005. – С. 51-53.
6. Альошина О.І. Особливості добровільної відмови провокатора злочину // Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених: Збірка наукових праць. – Харків: Вид-во Харківського нац. ун-ту внутр. справ, 2007. – С. 3-5.

АНОТАЦІЇ

Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження). – Рукопис.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00 .08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. – Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ МВС України. – Дніпропетровськ, 2007.

Дисертацію присвячено кримінально-правовому дослідженню провокації злочину. Досліджується історико-правовий аспект розвитку правових норм, що регулюють відповідальність за провокацію злочину, а також аналізуються міжнародно-правові норми та законодавство зарубіжних країн у сфері протидії провокаційній діяльності. Проведено дослідження провокації злочину в межах інституту співучасті та її співставлення з окремими видами співучасті. Визначено об’єктивні та суб’єктивні ознаки провокації злочину. Встановлено особливості кримінально-правової оцінки провокації злочинів, що вчиняється службовими особами правоохоронних органів. Окрему увагу приділено дослідженню обставин, що виключають відповідальність та пом’якшують покарання за провокацію злочину. Сформульовано пропозиції щодо подальшого вдосконалення законодавства.

Ключові слова: провокація злочину; провокатор; спровокована особа; співучасть; підбурювання; організація; обставини, що виключають злочинність діяння.

Алешина О.И. Провокация преступления (уголовно-правовое исследование). – Рукопись.

Диссертация на соискание научной степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право. – Днепропетровский государственный университет внутренних дел МВД Украины. – Днепропетровск, 2007.

Диссертация посвящена уголовно-правовому исследованию провокации преступления. В разделе 1 исследуется история возникновения, формирования и дальнейшего развития норм, регулирующих уголовную ответственность за провокацию преступления, а также анализируются международно-правовые нормы и законодательство зарубежных стран, направленные на противодействие провокационной деятельности.

В разделе 2 проводится исследование провокации преступления в рамках института соучастия. Проводится сопоставление провокации преступления с различными видами соучастия, в частности, с организацией и подстрекательством. Делается вывод о возможности существования тайной (скрытой) провокации при наличии односторонней субъективной связи между провокатором преступления и спровоцированным лицом. Проанализированы объективные и субъективные признаки провокации преступления. Предложена классификация способов провокации в зависимости от воздействия на сознание и волю спровоцированного лица, а также от общественной опасности тех действий, которые образуют провокацию. Вина провокатора преступления рассматривается на основании отдельного анализа его психического отношения к собственным действиям и последствиям, которые наступили в результате провокации. Предлагается выделять ближайшую, промежуточную и конечную цель деятельности провокатора преступления. Сформулировано общее определение провокации преступления, а также правила квалификации действий провокатора и спровоцированного. Отдельно рассматриваются особенности провокационной деятельности, субъектом которой выступают служебные лица правоохранительных органов. Аргументируется вывод о том, что объект провокации преступлений, которая совершается служебными лицами правоохранительных органов, не совпадает с объектом провокационных действий со стороны других субъектов. На этом основании определяются особенности квалификации провокации преступлений в зависимости от субъектов ее совершения.

В третьем разделе исследуются обстоятельства, которые могут исключать преступность деяния или смягчать наказание за провокацию преступления. Делается вывод, что из перечисленных в VIII разделе Общей части УК обстоятельств, лишь выполнение специального задания по предупреждению и раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации может исключать преступный характер провокации. Предлагается рассматривать совершение преступления, которое было спровоцировано, как обстоятельство, смягчающее наказание.

В работе также формулируются основные предложения и рекомендации по совершенствованию уголовного законодательства и правоприменительной практики.

Ключевые слова: провокация преступления; провокатор; спровоцированное лицо; соучастие; подстрекательство; организация; обстоятельства, исключающие преступность деяния.

Alyoshina O.I. Provocation of crime (criminal-legal research). – Manuscript.

Thesis for candidate of law degree on the specialty 12.00.08. – criminal law and criminology; criminal-executive law. Dnipropetrovsk state university of internal affairs. Dnipropetrovsk, 2007.

The thesis is devoted to criminal-legal research of provocation of crime. The historical and law aspect of development of legal norms, which regulate responsibility for provocation of crime are determined. The author has researched the international law norms and acts of foreign countries in the prevention of provocation activities.

The research of provocation of crime in the bounds of the institute of complicity and correlation provocation with different kind of complicitors has been conducted. Objective and subjective characteristics of provocation of crime have been originally defined. The peculiarities of criminal-legal estimation of provocation of crime, which are committed by official persons of the law enforcement bodies, are established. The special attention is paid to the research of circumstances which exclude responsibility and extenuate punishment for provocation of crime. The suggestions concerning the further

improvement of the legislation are formulated.

Key words: provocation of crime, provocateur, person which is provoked, complicity, instigation, organisation, circumstances which exclude criminal nature of act.