ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СУЧАСНИХ РЕАЛІЯХ

Дудоров Олександр Олексійович

доктор юридичних наук, професор,

завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування кримінальних правопорушень територіальними органами Національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка

ВІДБИТТЯ ПРОВОКАЦІЙНОЇ ПОВЕДІНКИ ТА ЇЇ НАСЛІДКІВ У ПОТЕНЦІЙНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ: ІСТОТНОГО ПРОГРЕСУ НЕ СПОСТЕРІГАЄТЬСЯ

У контексті опрацювання проєкту нового Кримінального кодексу України (далі – проєкт) актуалізується питання, чи потребує провокаційна поведінка спеціальної законодавчої регламентації, а якщо так, то яким має бути нормативне відбиття ознак такої поведінки і правових наслідків вчиненого як провокатором, так і спровокованою особою. Я вже аналізував відповідні положення проєкту, з'ясовуючи з-поміж іншого, наскільки його розробниками взяті до уваги здобутки кримінально-правової науки, правові позиції ЄСПЛ і законодавство України про НС(Р)Д та інші негласні заходи, а також чи сприятиме втілене у проєкті унормування зазначеної поведінки вирішенню правозастосовних проблем [1].

Ознайомлення з останньою на момент підготовки цих тез версією проєкту [2] показує, що визначені мною напрями, за якими доцільно продовжити роботу з удосконалення відповідних положень, загалом залишились поза увагою робочої групи. Ця обставина, розповсюдженість застосування методу провокації у сьогоднішній діяльності правоохоронців, а також очевидна невіддільність у практичній площині питань кримінального права і кримінального процесу (її яскравим свідченням може слугувати, наприклад, поширена у діяльності Вищого

антикорупційного суду і Касаційного кримінального суду Верховного Суду практика спростування заяв захисту про провокацію підкупу) спонукає знову звернутись до матерії потенційного кримінального закону у вказаній частині.

У ст. 2.5.3 проєкту, яка має назву «Провокація кримінального правопорушення», зазначається, що: не є співучастю провокація кримінального правопорушення (далі – к. пр.), тобто спонукання особи до вчинення к. пр. з метою подальшого викриття цієї особи перед органами правопорядку (ч. 1); не визнається провокацією к. пр. виявлення службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особи наміру на вчинення певного к. пр. і надання їй можливості його вчинити під контролем органу правопорядку та в порядку, передбаченому КПК України (ч. 2); особа, яка спонукала іншу особу до вчинення к. пр., підлягає кримінальній відповідальності як підбурювач до нього (ч. 3); особа, яка вчинила к. пр. внаслідок провокації, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах, крім випадків, передбачених п. (б) ч. 4 ст. 2.3.9 цього Кодексу (ч. 4). В останньому випадку зроблено відсилку до ст. 2.3.9 проєкту «Юридична помилка», згідно з якою засоби кримінальної відповідальності не застосовуються, зокрема, у випадку вчинення особою діяння, передбаченого Книгою 7 цього Кодексу, внаслідок провокації з боку службової особи органу правопорядку.

За різноманіття відповідних наукових підходів не дивує та обставина, що у проєкті знайшов втілення своєрідний компромісний концепт провокації. Звісно, за бажання робочій групі можна закидати невизначеність щодо правової природи провокації к. пр., а між ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту констатувати неузгодженість: з одного боку, провокація не визнається співучастю у к. пр.; з іншого, провокатор de facto називається підбурювачем, а визначення підбурювача (ч. 4 ст. 2.5.2 проєкту) охоплює і провокатора. Проте робоча група чітко фіксує свою позицію (небезспірну, але прийнятну, зокрема з практичної точки зору), використовуючи у цьому разі прийом юридичної фікції.

Щоправда, положення, наведені в ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту, не повною мірою враховують ту обставину, що при провокації к. пр. не виключається такий

вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання. Так, провокувати на вчинення к. пр. можна і шляхом впливу не безпосередньо на особу, а на об'єктивну дійсність, завідомо створюючи обстановку та умови, які викликають вчинення к. пр. (залишити гроші в кабінеті службової особи, підкинути наркотики або зброю тощо). Натомість притаманне підбурюванню схилення (спонукання) іншого до вчинення к. пр. полягає у впливі на психіку особи, в результаті чого та свідомо обирає певний варіант своєї поведінки. Відтак ст. 2.5.3 проєкту, навряд чи охоплюючи відмінну від підбурювання провокацію к. пр., може стати частково прогальною. Через це відповідна дефініція потребує вдосконалення; як варіант вона може бути доповнена альтернативною вказівкою на створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою к. пр. Вдалішим, ніж відображений у проєкті, видається і варіант визначення провокації як умисного залучення особи до вчинення к. пр. з метою її подальшого викриття (К. Карелов).

Положення, наведене у ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту: 1) термінологічно не узгоджується з п. «б» ч. 4 його ст. 2.3.9, бо, судячи з цієї норми, діяння спровокованої особи, передбачене Книгою 7, не є к. пр.; 2) не бере до уваги ту обставину, що поведінка провокатора може розцінюватись як дії не лише підбурювача, а й організатора. Наприклад, співробітники правоохоронних органів, які при вчиненні провокації підкупу використовують підбурювача, можуть розглядатись і як організатори спровокованого к. пр., оскільки вони керують підготовкою цього підбурювача, дають йому настанови, складають план відповідних заходів тощо.

Однією з ключових ознак кримінально-правового поняття провокації к. пр. є мета, яку ставить перед собою провокатор. Судячи з ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту, провокатором може бути і не правоохоронець. Ба більше: сформульоване робочою групою визначення провокації к. пр., яке вказує на мету «подальшого викриття цієї особи перед органами правопорядку», наводить на думку про те, що цим визначенням не охоплюється провокаційна діяльність співробітників органів правопорядку. Адже прагнути викрити суб'єкта перед такими органами

можуть лише ті особи, які самі не уособлюють органи правопорядку. Вдалішим (стосовно правоохоронців) видається позначення мети їхньої провокаційної поведінки як створення у подальшому вигляду викриття спровокованої особи (В. Борков). З урахуванням широкого суб'єктного складу провокації к. пр. її мету, на перший погляд, можна було б визначити альтернативно – як викриття спровокованої особи або створення штучних доказів вчинення нею злочину, однак такий варіант вважаю не зовсім вдалим: поняття викриття і створення штучних доказів обвинувачення частково перехрещуються. Найпростіший (щоб не сказати – примітивний) шлях розв'язання позначеної проблеми полягає у виключенні з ч. 1 ст. 2.5.3 проєкту слів «перед органами правопорядку». Не відкидаю і закріплення як мети провокації к. пр.: 1) (за прикладом ст. 145 КК Грузії) притягнення спровокованої особи до кримінальної відповідальності (тим більше, що у п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК йдеться саме про притягнення до кримінальної відповідальності) або 2) (з урахуванням наскрізного використання у проєкті іншого терміну для позначення кримінально-правових наслідків вчиненого к. пр.) застосування до спровокованої особи кримінально-правових засобів.

Ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту уособлює схвальне бажання робочої групи конкретизувати у кримінально-правовому сенсі ознаки правомірної поведінки правоохоронців, яка не є провокаційною. Щоправда, і без пропонованої спеціальної регламентації доктрина і практика, керуючись з-поміж іншого правовими позиціями ЄСПЛ, виробили підхід, відповідно до якого, якщо при провокації винний сам викликає в іншої особи намір вчинити к. пр. з метою її викриття, то при проведенні правомірних заходів під контроль беруться вже наявні процеси, пов'язані з посяганням на об'єкт кримінально-правової охорони. Вважається, що такі заходи не ініціюють кримінально протиправну поведінку особи, а втручаються в уже наявну реалізацію наміру вчинити к. пр. , засвідчуючи при цьому події та факти. За великим рахунком, у ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту якогось прирощування нової практично значимої інформації немає.

При доопрацюванні цієї норми проєкту вважаю за доцільне: 1) положення про надання особі можливості вчинити к. пр. під контролем службових осіб

органів правопорядку замінити узагальненим формулюванням, яке дозволить охопити активності, що становлять зміст різних форм контролю за вчиненням злочину як НС(Р)Д; 2) включити в цю норму проєкту згадування про оперативно-розшукові заходи, здійснювані до кримінального провадження і врегульовані не КПК, а оперативно-розшуковим законодавством. За сприйняття ж «альтернативної» пропозиції щодо закріплення контролю за вчиненням злочину як нової обставини, що виключає протиправність діяння (О. Сибаль), ч. 2 підлягатиме виключенню з ст. 2.5.3 проєкту.

Книга 7 проєкту, до якої відсилає п. «б» ч. 4 його ст. 2.3.9, має назву «Злочини та проступки проти держави». Поки що складно сказати, чи визнаватимуться посяганнями на державу, наприклад, корупційні к. пр. у приватній сфері, а так само корупційні к. пр. осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг (чи будуть відповідні заборони розміщені у підрозділі 7.7 проєкту «Злочини та проступки проти публічної служби»), – при тому, що і зазначені корупційні делікти можуть бути спровоковані (і провокуються) правоохоронцями. Отже, постає питання, як бути з кримінально-правовим реагуванням на інші, відмінні від посягань на державу, однак так само спровоковані правоохоронцями діяння – проти життя і здоров'я особи, власності, у т. ч. інтелектуальної, пов'язані з обігом наркотичних засобів, комуністичної або нацистської символіки, тощо? Очевидно, що до уточнення кола посягань, вчинення яких внаслідок провокації з боку службових осіб органів правопорядку виключатиме застосування засобів кримінальної відповідальності, при доопрацюванні проєкту варто буде повернутись.

Пропоноване проєктом незастосування засобів кримінальної відповідальності до суб'єкта, який через провокацію з боку службової особи органу правопорядку порушив кримінально-правову заборону, присвячену посяганню на державу, немає підстав беззастережно пов'язувати з проблематикою помилки (і юридичної, і фактичної). Так, навряд чи вказану особу можна (щонайменше в усіх випадках) вважати тим, хто має неправильне уявлення про юридичні властивості і правові наслідки вчиненого нею діяння. У

певних ситуаціях можна вести мову про неправильну оцінку особою під час вчинення протиправного діяння фактичної обставини об'єктивного характеру, що має кримінально-правове значення, а отже, не про юридичну, а фактичну помилку. Наприклад, спровокована особа здатна помилятись щодо перебування її під впливом провокатора, бо той може діяти завуальовано (таємно). Однак і такий підхід не може вважатись універсальним, бо не є прийнятним для всіх випадків провокаційно-підбурювальної поведінки. Як варіант заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у розглядуваній ситуації може бути визнане новою обставиною, яка виключає протиправність діяння.

Недоліком попередньої версії проєкту була відсутність у ньому положень про вплив на юридичну долю порушника кримінально-правової заборони тієї обставини, що к. пр. (включаючи к. пр. проти держави) спровоковано іншим суб'єктом, а не службовою особою органу правопорядку. Наразі у п. «і» ч. 1 ст. 3.2.2 проєкту фігурує така обставина, яка пом'якшує покарання, як вчинення к. пр., яким заподіяно шкоду потерпілому, внаслідок провокації. Нелогічним вважаю те, що провокація до вчинення к. пр., які не мають потерпілих, не визнаватиметься пом'якшувальною обставиною. У попередній версії проєкту у цьому разі йшлось про «вчинення злочину, яким заподіяно шкоду потерпілому, внаслідок провокації за сприяння або вплив працівника органу правопорядку». Як позитив варто було оцінити охоплення таким формулюванням так званої непрямої провокації з боку службової особи органу правопорядку. Вважаю, що вчинення к. пр. під впливом провокаційної поведінки могло б набути статусу обставини, яка знижує тяжкість к. пр. (а не просто пом'якшує покарання), що відповідало б втіленому у проєкті інноваційному підходу до класифікації к. пр.

Список використаних джерел:

1. Дудоров О.О. Про перспективи законодавчого унормування провокаційної поведінки та її правових наслідків. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2020. № 2. С. 14–56.

2. Кримінальний кодекс України (проєкт). Контрольний текст (станом на 2.10.2021). URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/05/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-02-10-2021.pdf (дата звернення: 7 жовтня 2021 р.).

Савінова Наталія Андріївна

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,

директор навчально-наукового інституту морського права та менеджменту

Національного університету «Одеська морська академія»

ПРО ЩО МОВЧИТЬ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО: ПОСЯГАННЯ НА СВІДОМІСТЬ – ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГІДНОСТІ

Дивним чином кримінальне право, захищаючи особу, її честь та гідність, життя та здоров'я, звужує спектр своєї уваги, переважно на її фізіологіні критерії життя, тілесне здоров'я, або, вкрай – психічне здоров'я (тобто, стан психіки, який зазнав через органічні зміни мозку). Водночас, і сама особистість, і її гідність, і розуміння такою особистістю власної честі безпосередньо залежить від безпеки її свідомості.

Але «безпека свідомості» - дуже хитка позиція і з точки зору права, і з точки зору педагогіки: дуже важко розуміти грань за якою виховання, навчання, а ще частіше – проте спілкування, виходять за межі безпечної комунікації і переходять в маніпуляції, що впливають на свідомість людини руйнівно.

Питання визначності феномену «безпеки спілкування» для права взагалі доволі нове, і вимагає надзусиль і пошуку вирішення реальних «меж дозволеного» у спілкуванні на території наук педагогіки та психології: на якому рівні закінчується «безпека спілкування» у вихованні, в школі, в армії? Які межі допустимого «безпечного спілкування» вдома, в офісі чи в соціальній мережі?

Хоча це «слизьке» питання кримінальному прав переважно і вдавалося оминати, загроза для людини впливом на її свідомість в кримінальному праві чітко зафіксована: визначеність передкримінальної віктимної поведінка жертви