

УДК 343.352

О. О. Дудоров,

докт. юрид. наук, проф., завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування злочинів територіальними органами національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка (м. Сєвєродонецьк)

ПРО ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО УНОРМУВАННЯ ПРОВОКАЦІЙНОЇ ПОВЕДІНКИ ТА ЇЇ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ

Здійснено аналіз положень проекту нового Кримінального кодексу України стосовно провокаційної поведінки та її правових наслідків. Наголос зроблено на з'ясуванні того, наскільки розробниками досліджуваного документа взяті до уваги здобутки кримінально-правової доктрини, правові позиції ЄСПЛ і законодавство України про негласні слідчі (розшукові) дії та інші негласні заходи, а також чи сприятиме втілене у проекті унормування зазначеної поведінки вирішенню правозастосовних проблем. Визначено напрями, за якими доцільно продовжити роботу з удосконалення відповідних положень.

Ключові слова: *провокація злочину, співучасть у злочині, підбурювання до злочину, негласні слідчі (розшукові) дії, контроль за вчиненням злочину, проєкт нового Кримінального кодексу України.*

Проблема провокації злочину є чутливою, невіддільною від моральних-етичних засад життєдіяльності суспільства і знаходиться у світоглядній площині, передбачаючи пошук відповіді на вічне питання: чи здатна благородна мета виправдати будь-які засоби, що використовуються для її досягнення? Це – своєрідний камінь спотикання, що вже багато років турбує вітчизняних правників (і не лише їх).

Попри негативне ставлення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) до провокаційної поведінки правоохоронців, яка полягає у підбурюванні осіб до вчинення злочинів (а на цю обставину ми не можемо не зважати, з огляду на ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»), питання допустимості прово-

кації як методу протидії, зокрема корупційним деліктам час від часу постає і в політикумі, і в професійному середовищі. Частково це пов'язується з ідеєю залучення до антикорупційної діяльності інститутів громадянського суспільства як чинник підвищення ефективності такої діяльності. В одному з інтерв'ю керівник НАБУ А. С. Ситник, не виключаючи легалізації провокації злочину, закликав провести широку фахову дискусію з тим, щоб з'ясувати, чого буде більше від запровадження такого кроку – шкоди або користі¹. У світлі сказаного показовою є та обставина, що на сайті Робочої групи, яка займається розробленням проекту нового Кримінального кодексу України (newcriminalcode.org.ua) та яка сформулювала колективну позицію щодо неприпустимості провокаційної поведінки, зокрема з боку правоохоронців (про це йтиметься нижче), розміщено таку, що уособлює, так би мовити, альтернативну точку зору, й опубліковану ще у 1998 р. статтю одного з членів Робочої групи В. О. Навроцького із промовистою назвою «Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією». У програмних антикорупційних документах періодично згадується такий дотичний до провокації злочину і контроверсійний інститут, як перевірка на доброчесність.

При цьому розповсюдженість застосування методу провокації у сьогоденній діяльності правоохоронних органів не є секретом – за майже цілковитої відсутності кримінально-правового реагування на таку неправомірну поведінку. Так, за інформацією Верховного Суду, протягом 2018–2019 рр. жодну особу не було засуджено за ст. 370 чинного КК України «Провокація підкупу»². Така ж ситуація спостерігалась і в минулі роки. Згадана кримінально-правова заборона (до слова такий собі радянський спадок) є «мертвою». Водночас у процесуальному сенсі наявність провокації злочину (у т. ч. під-

¹ Артем Ситник: «Наближаються вибори, і НАБУ, як незалежний антикорупційний орган, політичній еліті просто непотрібний». *Голос України*. 18 жовтня 2018 р., № 197.

² Стан здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення судами загальної юрисдикції у 2019 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2020. С. 85. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zbirka_analit_tablic_2019.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

купу) у кримінальних провадженнях судами (зокрема, Касаційним кримінальним судом у складі Верховного Суду (далі – ККС ВС)) констатується нерідко. У кримінальних провадженнях, в яких проводилась негласна слідча (розшукова) дія (далі – НС(Р)Д) у вигляді контролю за вчиненням злочину, сторона захисту зазвичай заявляє про провокацію злочину, вчинену працівниками правоохоронних органів. «... у випадку, коли захист заявляє про провокацію злочину з боку правоохоронного органу або осіб, які діють за згодою і вказівками правоохоронного органу, суди повинні ретельно дослідити, чи не були дії особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, спровоковані»³. Встановлення під час судового розгляду факту провокації злочину тягне настання не кримінальної, а кримінальної процесуальної відповідальності (у вигляді неможливості використовувати здобуті у зазначений спосіб речі і документи) та, як наслідок, закриття кримінального провадження або винесення виправдувального вироку.

Аналіз останніх публікацій. Різні кримінально-правові аспекти провокаційної поведінки плідно досліджувались такими вітчизняними науковцями, як О. І. Альошина, П. П. Андрушко, М. Г. Арманов, О. Ф. Бантишев, Т. С. Батраченко, В. В. Веретянников, В. О. Глушков, Ю. В. Гродецький, О. М. Грудзур, О. В. Зайцев, Д. В. Каменський, К. Ю. Карелов, О. О. Кваша, В. М. Киричко, М. І. Мельник, І. І. Митрофанов, В. В. Навроцька, В. О. Навроцький, Р. С. Орловський, М. І. Панов, Є. О. Письменський, М. А. Пого-рецький, А. В. Савченко, О. Я. Светлов, А. А. Стрижевська, В. І. Тютюгін, О. В. Ус, Г. О. Усатий, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, Н. М. Ярмиш та ін. Звертався до вказаної проблематики й автор цих рядків, з'ясовуючи з-поміж іншого юридичну природу провокації підкупу (і злочину загалом) та критерії її відмежування від правомірних заходів, спрямованих на викриття корупційних злочинів, а також формулюючи висновок про доціль-

³ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 жовтня 2018 р. у справі № 372/4155/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77684950> (дата звернення: 24.11.2020).

ність включення до розділу КК України «Злочини проти правосуддя» статті про відповідальність за провокацію злочину як універсального кримінально-правового засобу протидії провокаційній поведінці правоохоронців⁴.

У контексті опрацювання проекту нового КК України (далі – проект; на момент підготовки цієї статті до друку документ датований 19 жовтня 2020 р.) актуалізується питання, чи потребує провокаційна поведінка (передусім, але не лише правоохоронців) 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. Наскільки мені відомо, у вказаній частині проект фахівцями з кримінального права поки що поглиблено не вивчався. Не викликає жодних сумнівів те, що широке професійне обговорення проекту сприятиме покращенню його якості та поступовому вдосконаленню із втіленням найкращих світових практик публічно-правового нормотворення. При цьому треба бути свідомим того, що не до кінця продумані формулювання перспективного кримінального закону, які, зокрема, не повною мірою враховують специфіку протидії злочинності в умовах чинності законів України «Про оперативну-розшукову діяльність» та КПК України, що регламентують здійснення одних і тих самих негласних заходів на різних етапах документування злочинної поведінки, можуть поставити у вкрай незручне становище оперативні підрозділи правоохоронних органів, звести їхню роботу щодо виявлення злочинів (особливо латентних) нанівець.

З урахуванням сказаного *метою* пропонованої статті є аналіз положень проекту, присвячених поведінці провокатора і спровокованого суб'єкта, та її

⁴ Дудоров О., Письменський Є. Кримінально-правова заборона провокації підкупу, або Правоохоронець як ініціатор злочину. *Юридичний вісник України*. 11–17 квітня 2015 р., № 14; 18–24 квітня 2015 р., № 15; Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти провокації підкупу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 1. С 76–82. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2016/23.pdf (дата звернення: 24.11.2020); Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 332–339; Дудоров О. О., Лоскутов Т. О. Провокація підкупу (окремі матеріально-правові та процесуальні аспекти). *Актуальні питання кримінального права та процесу*: матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Кривий Ріг, 14 червня 2019 року). Ред. кол.: О. О. Волобуєва, Т. О. Лоскутов, А. С. Політова. Кривий Ріг: Поліграфічна компанія «Геліос-Принт», 2019. С. 13–18.

правових наслідків, із наголосом на з'ясуванні того, наскільки Робочою групою взяті до уваги здобутки кримінально-правової доктрини, 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.

У ст. 2.5.3 проєкту, розміщеній у розділі 2.5 «Співучасть у злочині. Причетність до злочину», зазначається, що: не є співучастю провокація злочину, тобто схилення особи до вчинення злочину з метою подальшого викриття цієї особи перед органами правопорядку (ч. 1); не визнається провокацією виявлення службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особи наміру на вчинення певного злочину і надання їй можливості його вчинити під контролем органу правопорядку та в порядку, передбаченому КПК України (ч. 2); особа, яка спровокувала іншу особу до вчинення злочину, підлягає кримінальній відповідальності за підбурювання до злочину (ч. 3). Як бачимо, розробники проєкту висловились за виокремлення фігури провокатора злочину, заперечуючи традиційний (панівний) і, до речі, частково втілений у чинному законодавстві (ст. 370 КК України, ч. 3 ст. 271 КПК України⁵) підхід, у межах якого діяльність провокатора визнається видом підбурювання до злочину.

Ще М. С. Таганцев писав, що особа, яка підмовляє іншого вчинити злочин для того, щоб захопити його в момент вчинення і передати правосуддю, вчиняє діяння, яке не лише є несумісним з уявленням про нормальні функції владних органів, а й містить усі ознаки поняття підбурювання до злочину⁶. Виступаючи проти спеціальної законодавчої регламентації поведінки провокатора та її кримінально-правових наслідків, А. Н. Трайнін зазначав,

⁵ В юридичній літературі доведено, що ця процесуальна норма потребує уточнення, оскільки всупереч матеріальному кримінальному закону дозволяє охопити поняттям провокації злочину і певні пособницькі дії (див.: Гродецький Ю. В. Добровільна відмова провокатора злочину. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 2. С. 124–125. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/09_Гродецький.pdf (дата звернення: 24.11.2020)).

⁶ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2 т. Т. 1. Москва: Наука, 1994. С. 349.

що агент-провокатор є звичайним підбурювачем, і його кримінальна відповідальність має визначатись загальними засадами відповідальності за співучасть у злочині. Інший підхід ґрунтується на неприпустимому змішуванні змісту поняття підбурювання та специфічного мотиву, притаманного провокації, який, однак, знаходиться поза межами вказаного поняття⁷.

Із ч. 4 ст. 27 чинного КК України випливає, що підбурювач може діяти, керуючись різними мотивами і переслідуючи різні цілі; як одна з них, вочевидь, може виступати викриття злочинця. Бажання провокатора спрямоване на досягнення спільного злочинного результату, але з метою, відмінною від інших співучасників. Кримінальний закон нічого не говорить про спільність мотивів, які спонукали підбурювача і виконавця взяти участь у вчиненні злочину. Узагальнюючи відповідні теоретичні міркування, Р. С. Орловський стверджує, що «жодних обґрунтованих доводів щодо необхідності виокремлення провокатора як окремого виду співучасника в юридичній науці надано не було»⁸.

Так, провокація підкупу розглядається наразі законодавцем саме і тільки як спеціальний вид підбурювання до вчинення певного злочину (-ів). Особливістю підбурювання, караного за ст. 370 КК України, є специфічна, конкретизована мета – викриття того, хто пропонував, обіцяв неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Оскільки «дії з підбурювання включені до об'єктивної сторони складу злочину «провокація підкупу», підбурювач є виконавцем злочину, передбаченого ст. 370 КК... якщо вилучити з КК України ст. 370, відповідальність службових осіб за провокацію підкупу не лише не виключається, а, навпаки, може стати більш су-

⁷ Трайнин А. Н. Избранные труды / сост., вступит. статья докт. юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 297–298.

⁸ Орловський Р. С. Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. С. 160.

ворою. Вони відповідатимуть як співучасники – підбурювачі до корупційних злочинів...»⁹.

У кримінально-правовій науці, однак, зустрічаються й альтернативні підходи, згідно з якими провокацію не слід (або не завжди слід) ототожнювати з підбурюванням до вчинення злочину (О. О. Кваша, І. І. Митрофанов та ін.). Йдеться, зокрема, про те, що: 1) провокація злочину – це відмінна від підбурювання одностороння діяльність винного, спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б всі зовнішні ознаки злочину, з певною метою. Дії провокатора і спровокованого спрямовані на досягнення не єдиного, а зовсім різних (діаметрально протилежних) результатів, вони не можуть вважатись узгодженими, спільними; 2) правова природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною, а провокація злочину – це більш широке поняття, ніж підбурювання до вчинення конкретного злочину.

За такого різноманіття доктринальних підходів не дивує та обставина, що в проєкті знайшов втілення своєрідний компромісний концепт провокації злочину. Звісно, за бажання Робочій групі можна закидати невизначеність щодо правової природи провокації злочину, а між ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту констатувати неузгодженість: з одного боку, провокація не визнається співучастю у злочині (і це кореспондується з її визначенням, наведеним у ст. 2.5.1 проєкту); з іншого, провокатор *de facto* називається підбурювачем, а визначення підбурювача (ч. 4 ст. 2.5.2 проєкту) охоплює і провокатора. Однак Робоча група чітко фіксує свою (небезспірну, але прийнятну, зокрема з практичної точки зору) позицію, використовуючи у цьому випадку прийом юридичної фікції, як це, до речі, робить і законодавець окремих зарубіжних країн (наприклад, ст. 24 КК Польщі, ст. 18 КК Іспанії). Таке цілком задовільне пояснення під час роботи Міжнародної наукової конференції «Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє»

⁹ Яриши Н. Провокація підкупу та співучасть у корупційних злочинах: парадокси кримінально-правового регулювання. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4/2. С. 113, 115.

(м. Харків, 22–23 жовтня 2020 р.) надала учасниця Робочої групи Н. О. Гуторова, презентуючи відповідний розділ проєкту.

Щоправда, положення, наведені в ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту, не враховують ту обставину, що при провокації злочину не виключається такий вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання до злочину. Адже, як слушно зазначається в юридичній літературі, провокувати на вчинення злочину можна і шляхом впливу не безпосередньо на особу, а на об'єктивну дійсність, завідомо створюючи обстановку та умови, які викликають вчинення злочину (залишити гроші в кабінеті службової особи, підкинути наркотики або зброю тощо)¹⁰. Натомість притаманне підбурюванню схилення іншого до вчинення злочину полягає у впливі на психіку особи, в результаті чого та свідомо обирає певний варіант своєї поведінки. Тут доречно пригадати запропоновану О. І. Альшиною класифікацію способів провокації злочину залежно від впливу на свідомість та волю спровокованої особи: 1) способи провокації, пов'язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника (провокація шляхом організації або підбурювання); 2) способи провокації, не пов'язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника, зокрема вчинення інформаційних дій, що створюють обстановку, яка викликає намір вчинити злочин (така провокація може вчинюватися

¹⁰ Артеменко Н. В., Минькова А. М. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора та инициатора преступления в уголовном праве РФ. *Журнал российского права*. 2004. № 11. С. 52; Фріс П. Л. Вибрані праці. Івано-Франківськ: Фоліант, 2014. С. 485; Кваша О. О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. С. 265; Костенко О. М., Кваша О. О., Сірий М. І. та ін. Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми): монографія / Київ: Наукова думка, 2014. С. 84, 88.

Зроблю застереження: вказану «завуальовану» провокаційну поведінку слід відрізнити від подібних із зовнішнього боку дій на кшталт підкидання предмета нібито як неправомірної вигоди в робочий кабінет або автомобіль особи, вручення їй цього предмета шляхом обману, переказу грошей на банківський рахунок особи без повідомлення їй про це тощо. Перераховані й аналогічні дії не мають на меті викликати (породити) в іншій особі намір вчинити злочин із тим, щоб викрити її, і лише створюють вигляд порушення іншою особою кримінально-правової заборони, спрямовані на фальсифікацію доказів неіснуючого злочину, а тому за наявності підстав повинні розцінюватись як притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, або як завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, і кваліфікуватись, відповідно, за ч. 2 ст. 372 і ч. 2 ст. 383 КК України.

за допомогою словесної форми передачі інформації, а також шляхом вчинення конклюдентних (смыслових) дій)¹¹.

Наприклад, за чинною редакцією ст. 370 КК України не може кваліфікуватись такий вплив, як створення штучних перешкод і труднощів, спрямованих на породження в особи переконання в тому, що питання, у вирішенні яких вона зацікавлена, можуть бути розв'язані тільки шляхом підкупу. Має рацію О. В. Ус, яка пише, що для караної за ст. 370 КК провокації «характерна наявність двостороннього суб'єктивного зв'язку між провокатором і особою, яку він проковує, тобто така особа повинна усвідомлювати, що намір (бажання, рішучість) на вчинення одного з наведених діянь у неї намагається викликати саме провокатор підкупу. У зв'язку з цим таємна провокація виключається»¹². Цікаво, що ті різновиди провокаційної поведінки, які через відсутність згаданого зв'язку або інші причини не визнаються підбурюванням, утворювали склад злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 370 КК України. Питання, чи декриміналізовані (а якщо так, то чи обґрунтовано) випадки «завуальованої» провокації підкупу, відмінної від співучасті у злочині, як і питання про визнання наразі обману способом провокації підкупу, науковцями вирішуються суперечливо.

Зі сказаного вище випливає, що ст. 2.5.3 проекту, навряд чи охоплюючи відмінну від підбурювання провокацію злочину, може стати частково прогальною. У зв'язку з цим відповідна дефініція потребує вдосконалення; як варіант вона може бути доповнена альтернативною вказівкою на створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину. Більш вдалим, ніж відображений у проекті (хоч так само небездоганим), видається і варіант визначення провокації злочину як умисного залучення особи до

¹¹ Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. С. 8, 74–79, 125–126.

¹² Ус О. В. Провокація підкупу: аналіз складу злочину й питання кваліфікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2015. Вип. 16 (2). С. 67.

вчинення злочину з метою її подальшого викриття¹³. У будь-якому разі поняття провокації злочину Робочій групі варто спробувати визначити чіткіше (повніше) задля уникнення можливих проблем у правозастосуванні.

До слова втілена у проєкті ідея прирівнювання кримінальної відповідальності провокатора до відповідальності підбурювача не дозволяє не помічати проблему добровільної відмови провокатора злочину. В юридичній літературі слушно зазначається, що передбачені ч. 2 ст. 31 КК України дії у вигляді відвернення вчинення злочину або своєчасного повідомлення про злочин можуть виступати засобом досягнення провокаційної мети. Задля подолання такої несправедливості висуваються певною мірою альтернативні пропозиції. Йдеться про доповнення ст. 31 чинного КК одним із таких положень: не визнається добровільною відмовою організатора або підбурювача відвернення вчинення злочину або своєчасне повідомлення ними відповідних державних органів про злочин, що готується або вчиняється, якщо у такий спосіб зазначені особи намагалися, зокрема, досягнути провокаційної мети викриття іншого співучасника¹⁴; добровільна відмова провокатора злочину може бути здійснена лише шляхом схилення спровокованого ним співучасника злочину до добровільної відмови від вчинення злочину¹⁵. Ознайомлення зі ст. 2.4.5 проєкту «Добровільна відмова при незакінченому злочині, вчиненому у співучасті» показує, що ця стаття подібних конструктивних положень не містить, а отже, і в цій частині аналізований документ потребує доопрацювання.

Положення, наведене в 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 (розглядатиметься нижче), діяння спровокованої особи, передбачене Книгою 7, не є зло-

¹³ Карелов К. Ю. Спеціальні правила кваліфікації провокації злочинів, вчинених у співучасті: відмежування провокації від суміжних кримінально-правових понять. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Вип. 3. Т. 2. С. 144.

¹⁴ Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. С. 155, 169; Орловський Р. С. Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. С. 385–386.

¹⁵ Гродецький Ю. В. Добровільна відмова провокатора злочину. С. 133. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/09_Гродецький.pdf (дата звернення: 24.11.2020)

чином; 2) не бере до уваги ту обставину, що поведінка провокатора може розцінюватись як дії не лише підбурювача, а й організатора. «Якщо провокаційну діяльність розглядати в межах інституту співучасті у злочині, можна зробити висновок, що така діяльність може охоплюватися двома видами співучасті – підбурюванням або організацією злочину... 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»¹⁶. Наприклад, співробітники правоохоронних органів, які при вчиненні провокації підкупу використовують підбурювача, можуть розглядатись і як організатори спровокованого злочину, оскільки вони керують підготовкою цього підбурювача, дають йому настанови, складають план відповідних заходів тощо.

Однією з ключових ознак кримінально-правового поняття провокації злочину 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. Більше того: сформульоване Робочою групою визначення провокації злочину, 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. Виходжу з того, що прагнути викрити суб'єкта перед такими органами можуть лише ті особи, які самі не уособлюють органи правопорядку. З цієї ж причини складно погодитись із пропозицією закріпити як мету провокації злочину видачу спровокованої особи органам влади¹⁷.

Закріплення як мети провокації злочину «заподіяння матеріальної та нематеріальної шкоди спровокованій особі»¹⁸, на мою думку, не дозволить

¹⁶ Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. С. 124, 128.

¹⁷ Арутюнов А. Провокация преступления. *Российский следователь*. 2002. № 8. С. 34; Арутюнов А. Подстрекатель преступления. *Государство и право*. 2002. № 11. С. 122–127.

¹⁸ Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. С. 97–98, 100.

підкреслити специфіку провокаційної поведінки. Вдалішим (стосовно правоохоронців) видається позначення мети їхньої провокаційної поведінки як *створення у подальшому вигляду викриття* спровокованої особи¹⁹. З урахуванням широкого суб'єктного складу провокації злочину її мету, на перший погляд, можна визначити альтернативно – як викриття спровокованої особи або створення штучних доказів вчинення нею злочину, проте 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 (за прикладом ст. 145 КК Грузії) і закріплення як мети провокації злочину: 1) притягнення спровокованої особи до кримінальної відповідальності (тим більше, що у п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК України йдеться саме про притягнення до кримінальної відповідальності) або 2) (з урахуванням наскрізного використання в проєкті іншого терміну для позначення кримінально-правових наслідків вчиненого злочину) застосування до спровокованої особи кримінально-правових засобів.

Робоча група мала дати (і дала) відповідь також на питання, чи доцільно обмежувати нормативну регламентацію провокаційної поведінки та її правових наслідків лише Загальною частиною КК України. Один із підходів до вирішення цього питання полягає в тому, що поведінка провокатора злочину повністю охоплюється підбурюванням для вчинення злочину, а тому немає сенсу у створенні складу злочину, який би передбачав відповідальність за провокацію злочину в Особливій частині КК України. Такі зміни, пише Р. С. Орловський, підриватимуть можливість інституту співучасті у забезпеченні наскрізного кримінально-правового регулювання²⁰. Ознайомлення з

¹⁹ Борков В. Квалификация преступлений, совершаемых в сфере оперативно-розыскной деятельности. *Уголовное право*. 2018. № 1. С. 17–18.

²⁰ Орловський Р. С. Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. С. 384–385.

проектом, включаючи його «пілотний» розділ 7.4 «Злочини проти правосуддя», показує, що в ньому втілено саме такий підхід (із тією лише поправкою, що провокатор формально не визнається підбурювачем, хоч і відповідатиме за скоєне як він).

До наведеного підходу, однак, є підстави поставитись критично, виходячи з того, що: 1) насправді провокаційна поведінка повністю не охоплюється поняттям підбурювання до вчинення злочину (про це йшлося вище); 2) кваліфікація провокаційної поведінки правоохоронців як підбурювання до певного злочину не повною мірою враховуватиме її антисуспільну спрямованість; 3) кримінальний закон має виконувати з-поміж іншого превентивну функцію. Як слушно зазначає Д. В. Каменський, запровадження спеціальної норми про відповідальність за «правоохоронну» провокацію в межах розділу КК України, присвяченого злочинам проти правосуддя, стане чітким нормативним сигналом про принципову недопустимість і, навіть більше, кримінальну караність «штучного» режиму поміщення ідеї вчинити злочин у свідомість заздалегідь невинної особи²¹.

У будь-якому разі нелогічним є виокремлення в чинному КК України як складу злочину лише провокації підкупу – без встановлення для службових осіб правоохоронних органів спеціальної кримінальної відповідальності за провокацію інших злочинів. Адже недоброчесні службові особи, зокрема співробітники слідчих та оперативних підрозділів можуть провокувати осіб на вчинення різних злочинів, а не тільки тих, які охоплюються поняттям підкупу. З цього приводу В. В. Навроцька пише, що провокаційні дії завдають шкоди і встановленому порядку здійснення службовими особами своїх повноважень щодо реалізації мети і завдань правосуддя. Розвиваючи пропозицію О. І. Альошиної, дослідниця виступає за доповнення розділу XVIII Особливої частини КК України статтею 383¹, диспозиція ч. 1 якої могла б бути викладе-

²¹ Каменський Д. В. Відповідальність за економічні злочини в США та Україні: порівняльно-правове дослідження: монографія / передне слово д-ра юрид. наук, проф. О. О. Дудорова. Київ: Дакор, 2020. С. 960.

на в такій редакції: «Завідоме створення службовою особою правоохоронних органів обстановки, що викликає вчинення іншою особою діяння, забороненого цим Кодексом»²². Загалом підтримуючи таку пропозицію, водночас зауважу, що за викладеного підходу поза відповідною диспозицією може залишитись основна (підбурювальна) складова провокації злочину.

Подібним чином розмірковує О. О. Кваша, вказуючи на те, що негативні наслідки для спровокованої особи настають у результаті повідомлення їй про підозру у вчиненні злочину й постановлення обвинувального вироку судом. Тому у випадку спровокованого злочину шкода заподіюється порядку здійснення правосуддя. Провокацію, на думку дослідниці, слід визначати як умисні дії особи, спрямовані на виникнення бажання в іншій особі на вчинення злочину, з метою її подальшого викриття, дискредитації, вимагання чи створення штучних доказів обвинувачення. Склад цього злочину слід розмістити в розділі XVIII Особливої частини КК «Злочини проти правосуддя»²³. Складно зрозуміти, яким чином такі цілі, як дискредитація і вимагання, «вписуватимуться» у родовий об'єкт злочинів проти правосуддя (яким чином ці негативні наслідки наставатимуть для спровокованої особи саме за вироком суду, як пише авторка). До того ж цілі викриття і створення штучних доказів обвинувачення частково є синонімічними.

З урахуванням сказаного вважаю, що при доопрацюванні розділу 7.4 проєкту «Злочини проти правосуддя» не завадило б повернутись до питання про доцільність включення до нього статті про провокацію злочину, розрахованої на службових осіб органів правопорядку. Ще й таке: навіть за негативної відповіді на зазначене питання напрацювання кримінально-правової доктрини в частині формулювання «правоохоронної» провокації як окремого

²² Навроцька В. В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 37, 38.

²³ Кваша О. О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. С. 263, 272; Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми): монографія. С. 94.

складу злочину проти правосуддя могли б стати у нагоді при вдосконаленні ст. 2.5.3 проєкту «Провокація злочину».

Частина 2 цієї статті уособлює схвальне бажання Робочої групи закріпити (конкретизувати) у кримінально-правовому сенсі ознаки правомірної поведінки правоохоронців, яка не є провокаційною. За слушним висловлюванням О. Б. Сибалю, чинному КК України притаманна прогалина у частині вказівки на передбачену ст. 271 КПК України правомірну поведінку працівників правоохоронних органів, а також осіб, які залучаються до контролю за вчиненням злочину на конфіденційних засадах, як на обставину, що виключає злочинність діяння таких осіб²⁴. На користь доцільності законодавчого унормування дій правоохоронців, відмінних від провокації злочину і спрямованих на викриття злочинів, вказує, серед іншого, те, що деякі дослідники при оцінці правозастосовних реалій допускають некоректні висловлювання, які взагалі заперечують правомірність проведення НС(Р)Д.

Так, О. В. Баганець безапеляційно заявляє, що «проведення будь-яких НСРД, спрямованих на документування неправомірної вигоди з метою викриття корумпованих посадовців, є провокацією»²⁵. Прозоро натякаючи на наявність провокації злочину у конкретній резонансній справі, згаданий автор пише, що якби керівник САП, якому запропонували неправомірну вигоду, категорично відкинув таку пропозицію і припинив контакти з відповідними суб'єктами, то і злочину не сталося б²⁶. Уточню, що пропозиція неправомірної вигоди утворює склад закінченого злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 369 КК України. До того ж у розглядуваній ситуації підстава проведення контролю за вчиненням злочину (у вигляді спеціального

²⁴ Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 3. С. 339–342. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

²⁵ Баганець О. В. Доказування стороною обвинувачення прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою у досудовому розслідуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2017. С. 200.

²⁶ Баганець О. Провокування підкупу: справи, про які мовчать. *Юридичний вісник України*. 2–8 листопада 2018 р., № 5.

слідчого експерименту) як НС(Р)Д мала місце, а законодавчу заборону щодо провокування особи на вчинення злочину з метою її подальшого викриття, на мій погляд, порушено не було. Твердження ж О. В. Баганця про визнання будь-якої НС(Р)Д провокацією злочину не може бути оцінене інакше як відвертий треш, що не ґрунтується ні на чинному законодавстві²⁷, ні на концепції «поліцейської провокації», виробленої ЄСПЛ, ні на правових позиціях ККС ВС. «У правозастосовній діяльності правоохоронних органів слід відрізнити правомірний контроль за вчиненням злочину як ефективний негласний засіб негласного розслідування від провокації – незаконної дії»²⁸.

Частина 2 ст. 2.5.3 проєкту містить ключове в аспекті вказаного розмежування положення – про невизнання провокацією злочину виявлення уповноваженим суб'єктом держави вже існуючого в особи наміру вчинити певний злочин. Однак чи не доречніше у цьому випадку говорити про встановлення правоохоронцем не просто існуючого, а саме виявленого наміру вчинити злочин? Адже виявлення наміру тим чи іншим способом (усно, письмово, за допомогою конклюдентних дій тощо) є кроком вперед порівняно з внутрішнім психічним процесом – формуванням (існуванням) наміру.

Зазначу, що і без спеціальної регламентації, запропонованої у ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту, доктрина і практика (маю на увазі передусім ККС ВС), керуючись з-поміж іншого правовими позиціями ЄСПЛ (рішення у справах: «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р.; «Калабро проти Італії» від 21 березня 2002 р.; «Г. А. Ваньян проти Російської Федерації» від 15 грудня 2005 р.; «Худобін проти Росії» від 26 жовтня 2006 р.; «Раманаскас проти Литви» від 5 лютого 2008 р.; «Мілінієне проти Литви» від 24 червня 2008 р.; «Банніков проти Росії» від 4 листопада 2010 р.; «Носко і

²⁷ Задля справедливості зауважу, що ст. 271 КПК України «Контроль за вчиненням злочину» частково перебуває у колізії з ч. 1 ст. 24 Закону України «Про запобігання корупції», яка закріплює алгоритм дій особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прирівняної до неї особи у разі надходження такої особи, зокрема, пропозиції неправомірної вигоди. Проте ця колізія залишилась для О. В. Баганця непоміченою.

²⁸ Погорецький М. А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 1. С. 42.

Нефедов проти Росії» від 30 жовтня 2014 р.; «Матанович проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р.; «Чохонелідзе про Грузії» від 28 червня 2018 р. тощо), виробили підхід, відповідно до якого, якщо при провокації винний сам викликає в іншої особи намір вчинити злочин 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 злочинну поведінку особи, а втручаються в уже наявну реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події та факти.

Тому не визнаються, наприклад, провокацією підкупу дії, вчинені з метою викриття того, хто вчиняє одержання неправомірної вигоди, коли ця особа вимагає неправомірну вигоду, а інша особа для викриття вимагача погоджується на задоволення цієї вимоги, а далі, вже з відома правоохоронних органів, передає неправомірну вигоду²⁹. Водночас не можуть розцінюватись як правомірні вчинені під час контролю за злочином пропозиція чи обіцянка неправомірної вигоди, оскільки такі дії ініціюють подальшу злочинну поведінку службової особи у формі прийняття такої пропозиції чи обіцянки³⁰. Для виключення кваліфікації дій працівників правоохоронних органів за ст. 370 КК України необхідним є підтвердження факту пропозиції, обіцянки, прийняття пропозиції чи обіцянки або вимагання неправомірної вигоди, не зумовленого їхніми діями³¹.

Звернемось до матеріалів судової практики.

Підтверджуючи правильність засудження за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК України начальника відділу місцевих податків і зборів, плати за землю управління оподаткування та контролю об'єктів і операцій ДПІ у Деснянсь-

²⁹ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства. С. 338–339.

³⁰ Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. С. 342. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

³¹ Арманов М. Г. Особливості кваліфікації корупційних дій у публічній сфері відповідно до типових ситуацій їх виявлення. *Антикорупційна політика України: актуальні проблеми забезпечення ефективності*: збірник матеріалів інтернет-конференції (Київ, 29 травня 2015 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2015. С. 161.

кому районі Головного управління Міндоходів у м. Києві Особи-1, ККС ВС констатував відсутність провокації злочину. Адже Особа-1 вчинила активні дії, спрямовані на заволодіння коштами, ініціювала їх передачу та визначила конкретну суму, яку бажала отримати; після покладення на стіл доларів США в обумовленому розмірі вона не відмовилась від свого наміру, навпаки, запевнила нібито в позитивному вирішенні питання і, лише усвідомивши, що її викрито, намагалась позбутися грошей. Зокрема, переглянувши наявні у справі відеозаписи НС(Р)Д, суд установив, що на них зафіксовано не тільки пропозицію з боку Особи-1 до Особи-3 сплатити 2500 дол. США за підтримку податковою інспекцією ТОВ «Бур'ян» та неанулювання свідцтва платника ПДВ, а й міркування Особи-1 про привабливість цього варіанта через значно дорожче (10 тис. дол. США) вирішення питання з податковою поліцією³².

Навіть якщо особа виявляє намір вчинити певний злочин, це не виключає провокацію щодо іншого злочину, який не охоплювався виявленим наміром підозрюваної особи, якщо обставини справи свідчать про те, що умисел на вчинення іншого злочину з'явився у підозрюваного внаслідок підбурювання з боку правоохоронного органу³³.

Проблема провокаційної поведінки правоохоронців невідривно пов'язана з нормативно-правовим регулюванням проведення оперативно-розшукових заходів і НС(Р)Д, у зв'язку з чим відсилка в ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту до порядку, передбаченого КПК України, на перший погляд, виглядає логічною. Тим більше, що ч. 3 ст. 271 цього Кодексу в унісон наведеному вище підходу забороняє під час підготовки та проведення такої НС(Р)Д, як контроль за вчиненням злочину, провокувати (підбурювати) особу на вчинення

³² Постанова колегії суддів Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 5 травня 2020 р. у справі № 754/2623/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89107394> (дата звернення: 24.11.2020).

Правильність перекваліфікації дій вказаної службової особи з ч. 4 ст. 368 на ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК України є темою окремої розмови.

³³ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 жовтня 2018 р. у справі № 372/4155/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77684950> (дата звернення: 24.11.2020).

злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона не вчинила б, якби слідчий, співробітник уповноваженого оперативного підрозділу та інші не сприяли цьому. Називаючи діяльність правоохоронців із проведення правового експерименту і провокаційну діяльність, що зумовлює вчинення злочину, взаємовиключними поняттями, В. В. Навроцька слушно зазначає, що проведення правового експерименту не повинне впливати на свідомість ймовірного злочинця, щодо якого здійснюється перевірка, обумовлювати його поведінку. У протилежному випадку матиме місце підбурювання до вчинення злочину, що ігнорує завдання правоохоронних органів³⁴.

В одному з проваджень, спростовуючи доводи захисника про провокацію злочину з боку правоохоронних органів, ККС ВС зазначив, що перевіркою матеріалів кримінального провадження щодо Особи-1, засудженої за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 309 КК України, встановлено, що органи досудового розслідування діяли у пасивний спосіб і не підбурювали засудженого до вчинення злочину. Отже, такі дії не призвели до підбурювання – через призму прецедентної практики ЄСПЛ стосовно ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. В обґрунтування своєї позиції ККС ВС звернувся до рішень ЄСПЛ, якими визначені такі критерії встановлення наявності провокації злочину: чи були дії правоохоронних органів активними; чи мало місце з їхнього боку спонукання особи до вчинення злочину, наприклад, прояв ініціативи у контактах з особою, повторні пропозиції, незважаючи на початкову відмову особи, наполегливі нагадування, підвищення ціни вище середньої; чи був би скоєний злочин без втручання правоохоронних органів; вагомість причин проведення оперативної закупівлі, чи були у правоохоронних органів об'єктивні дані про те, що

³⁴ Навроцька В. В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2013. № 4. С. 236.

особа була втягнута у злочинну діяльність, а ймовірність вчинення нею злочину була суттєвою³⁵.

В іншій справі ККС ВС, перевіряючи доводи скарги захисника особи, засудженої за ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 27, ч. 2 ст.15, ч. 3 ст. 369 КК України, щодо наявності провокації злочину, зробив висновок про те, що такий факт не знайшов свого підтвердження у матеріалах кримінального провадження. Навпаки, як убачається з показань засудженого та потерпілого, саме засуджений зателефонував потерпілому і вказав, яку суму неправомірної вигоди йому потрібно сплатити для отримання наказів щодо надання дозволу на оформлення проєктів відводу двох земельних ділянок, а надалі при зустрічі повідомив, що вказані гроші необхідно сплатити керівнику Головного управління «Держгеокадастру» у Вінницькій області, тобто схилив до передачі йому грошей. При цьому ККС ВС традиційно послався на відповідні рішення ЄСПЛ, який для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів виробив змістовний і процесуальний критерії. Під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним – наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням принципів змагальності та рівності сторін³⁶.

Стає зрозумілим, що, за великим рахунком, у ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту якогось прирощування нової практично значимої інформації немає.

Далі. Наведене у цій нормі проєкту положення про надання особі можливості вчинити злочин під контролем органу правопорядку сприймається неоднозначно. З одного боку, воно явно перегукується з позицією ЄСПЛ щодо правомірності саме і тільки *пасивного розслідування* злочину (інакше ма-

³⁵ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 25 червня 2019 р. у справі № 334/4373/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82858164> (дата звернення: 24.11.2020).

³⁶ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 квітня 2019 р. у справі № 127/5345/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81203042> (дата звернення: 24.11.2020).

тиме місце підбурювання до злочину, а отже, провокація). ЄСПЛ, як вже зазначалось, відкидає будь-яку поведінку, яку можна тлумачити як спонукання до вчинення злочину, включаючи ініціативу в контакт з заявником, повторення пропозиції після відмови, обіцянку фінансової допомоги, заклик до співчуття. З іншого боку, формулювання, яке міститься в ч. 2 ст. 2.5.3 проекту (таке собі пасивне спостереження), навряд чи адекватно відображає те, що фактично відбувається під час проведення контролю над вчиненням злочину як НС(Р)Д.

Так, О. Б. Сибаль у цьому контексті пише, зокрема, про: організацію діяння, вчиненого особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (розроблюється план дій такої особи, їй надаються вказівки, забезпечується їй прикриття тощо); підбурювання до вчинення діяння особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (наприклад, слідчий переконує особу, яка заявила про злочин, у необхідності її участі у контролі за вчиненням злочину задля викриття злочинця); пособництво у діянні, вчиненому особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (під час контролю за вчиненням злочину така особа отримує від правоохоронців поради вказівки і поради, їй можуть надаватись заздалегідь ідентифіковані або імітаційні предмети (гроші, зброя, наркотики тощо); імітування обстановки злочину у вигляді вибухів, підпалів, викрадення людини, заволодіння транспортним засобом тощо³⁷. В. М. Трепак веде мову про комплекс дій, вчинюваних у межах тактичної операції «затримання на гарячому»³⁸, а білоруські дослідники В. М. Хомич та І. І. Бранчель, розкриваючи кримінально-правові аспекти відмінного від провокації злочину оперативного експерименту, вказують на активний характер оперативних заходів, спрямованих

³⁷ Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. С. 341. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

³⁸ Трепак В. М. Розкриття та розслідування хабарництва, вчинюваного суддями, та подолання протидії засобами оперативно-розшукової діяльності: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.09 / Акад. адвокатури України. К., 2011. С. 11–12.

на виявлення і припинення корупції, на стимулювання виявленої, але поки що не підтвердженої активності суб'єкта³⁹.

Спеціальний слідчий експеримент (одна з форм контролю за вчиненням злочину) полягає у створенні слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину (пп. 1.12.14 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5), затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБУ, Адміністрації ДПС України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України. Контроль за вчиненням злочину полягає у системі дій суб'єктів досудового розслідування, направлених на перевірку інформації про підготовку окремими особами до вчинення тяжкого та особливо тяжкого злочину, а також безпосередню участь у вчиненні окремих протиправних дій, зокрема з метою мінімізації чи відвернення суспільно небезпечних наслідків їх вчинення⁴⁰.

Відтак, якщо і залишати в статті проєкту «Провокація злочину» окрему частину, присвячену правомірній поведінці правоохоронців, то замість надання особі можливості вчинити злочин під їхнім контролем варто вказати на створення службовою особою органу правопорядку обстановки, потрібної для реалізації виявленого наміру особи вчинити певний злочин (або використати інше подібне (узагальнене) формулювання, яке дозволить охопити й активності, що становлять зміст інших форм контролю за вчиненням злочину, –

³⁹ Хомич В. М., Бранчель И. И. Оперативный эксперимент как способ выявления взяточничества: монография. Минск: БГУФК, 2009. С. 52, 59, 76.

⁴⁰ Білічак О. А. Контроль за вчиненням злочину: поняття та форми. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського*. Серія: юридичні науки. Том 28. 2017. № 2. С. 52.

контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, імітування обстановки злочину).

Те, що в ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту фігурує службова особа органу правопорядку, є зрозумілим з огляду як на зміст глави 21 КПК України «Негласні слідчі (розшукові) дії», так і на згадану практику ЄСПЛ. Водночас слід мати на увазі те, що дії, вказані у цій нормі, за дорученням зазначеної службової особи може вчиняти той, хто залучений до контролю за вчиненням злочину на засадах конфіденційного співробітництва. Це може бути, наприклад, особа, якій надійшла пропозиція незаконно придбати чи збути зброю або наркотики, створити порнографічний сайт або встановити на комп'ютер неліцензійне програмне забезпечення, надати чи одержати неправомірну вигоду. Частина 2 ст. 2.5.3 проєкту, на мою думку, не створюватиме перешкод для залучення осіб, які конфіденційно співпрацюють з правоохоронцями у викритті злочинів.

Так само навряд чи буде поставлена поза законом (кримінальним) регламентована, зокрема, Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» практика проведення оперативних експериментів із використанням об'єктів-пасток (приманок), тобто спеціально підготовлених і контрольованих оперативними підрозділами об'єктів посягань (автомобілів, квартир, валіз тощо), які розміщуються у місцях ймовірного вчинення злочинів. Така правомірна поведінка правоохоронців, врегульована відмінними від КПК України нормативно-правовими актами, як і поведінка, зазначена в ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту, не є наразі (і не визнаватиметься за новим КК України) провокацією злочину. Тому ця норма проєкту (якщо вже рухатись шляхом перерахування різновидів правомірної поведінки «агентів держави», дотичної до провокації злочину) може бути доповнена (розвинута) за рахунок вказівки на оперативно-розшукові заходи, здійснювані до кримінального провадження і врегульовані оперативно-розшуковим законодавством, а не КПК України.

Викладеним резерви вдосконалення ч. 2 ст. 2.5.3 проекту не вичерпуються. Так, окремими дослідниками висувається «перспективна» пропозиція доповнити ст. 370 КК України приміткою, яка, серед іншого, передбачатиме, що не вважається провокацією проведення в порядку, передбаченому законом, перевірки на добросовісність особи – суб'єкта відповідальності за корупційні злочини⁴¹. Доцільність включення подібного положення до ч. 2 ст. 2.5.3 проекту залежить від того, чи буде в Україні врешті-решт запроваджено достаточний до провокації злочину інститут перевірки на добросовісність осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як це передбачає, наприклад, п. 2.1.5 розробленого НАЗК проекту Антикорупційної стратегії на 2020–2024 рр.

До слова, згадане в ч. 2 ст. 2.5.3 проекту вчинення злочину під контролем органу правопорядку може тлумачитись не зовсім як «контроль за вчиненням злочину» у сенсі КПК України. Різниця формулювань сприятиме «творчості» адвокатів, які будуть вказувати на активну діяльність органів правопорядку з контролюю за вчиненням злочину, а отже, на нібито вчинення ними провокації злочину. З іншого боку, постає питання, чи варто у матеріально-правовій нормі, присвяченій відмежуванню кримінально караної провокації злочину від правомірної поведінки службових осіб органів правопорядку, спрямованої на викриття злочинів, «прив'язуватись» до порядку, передбаченого КПК України? Чи універсальним за такого підходу буде правило, закріплене в ч. 2 ст. 2.5.3 проекту? Тим більше, що згідно з ч. 3 ст. 271 КПК України така НС(Р)Д, як контроль за вчиненням злочину, допускається лише стосовно тяжких та особливо тяжких злочинів, а наявне кримінально процесуальне регулювання НС(Р)Д не відзначається досконалістю.

Уявимо ситуацію: службова особа органу правопорядку здійснює виявлення вже існуючого в особи та вираженого зовні наміру на вчинення певного

⁴¹ Калітенко О. В., Калмиков Д. О., Коліушко І. Б. та ін. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / за заг. ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. С. 231.

злочину і надає їй можливість його вчинити, але це відбувається з порушенням порядку, закріпленого кримінальним процесуальним законом (наприклад, у частині підготовки та оформлення документів, які стосуються проведення НС(Р)Д; контроль за вчиненням злочину здійснюється до винесення процесуального рішення (постанови прокурора) або після закінчення визначеного у цьому документі строку проведення такої НС(Р)Д; відсутність у матеріалах кримінального провадження письмової згоди особи на конфіденційне співробітництво з органом досудового розслідування; до співробітництва на конфіденційних засадах залучено осіб, яким це заборонено КПК України)⁴². Така неправомірна поведінка правоохоронця навряд чи буде провокацією (бо тут він виявив відповідний намір, а не викликав, не породив його), хоч ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту (за її незмінності) допускати й інше тлумачення.

Із таких саме міркувань критично оцінюю пропозицію включити в статтю кримінального закону, присвячену провокації злочину, положення про те, що не визнається провокацією оперативний експеримент, якщо є законні підстави для проведення останнього, а його підготовка і результати оформлені належним чином⁴³. Крім цього, з огляду на предмет відання матеріального кримінального права, місце наведеному очевидно-декларативному припису – мабуть, не в КК.

Завершуючи висвітлення питання про дотичну до провокації правомірну поведінку правоохоронців, спрямовану на викриття злочинів, відзначу, що Робочій групі варто задуматись над переведенням вирішення цього питання у площину обставин, що виключають протиправність діяння. Так, аргументованою і загалом конструктивною виглядає пропозиція О. Б. Сибалія щодо закріп-

⁴² Наведу показовий приклад: задовольняючи касаційну скаргу особи, засудженої за ч. 2 ст. 368 КК України, і призначаючи новий розгляд справи в суді апеляційної інстанції, ККС ВС (постанова від 24 січня 2019 р. у справі № 369/10396/13-к), крім відсутності в ухвалених судових рішеннях спростування заяви захисника про провокацію з боку правоохоронних органів, вказав на низку порушень, допущених під час проведення НС(Р)Д, зокрема невідповідність протоколів цих дій вимогам КПК України, відсутність у матеріалах кримінального провадження доручення прокурора, слідчого на проведення НС(Р)Д, а також доказів походження коштів, вручених як неправомірна вигода (Провокація вигоди. *Закон і Бізнес*. 23–29 березня 2019 р., № 11).

⁴³ Арутюнов А. Подстрекатель преступления. *Государство и право*. 2002. № 11. С. 127.

лення як нової (самостійної) такої обставини контролю за вчиненням злочину і визначення умов її (обставини) правомірності в КК України⁴⁴. Перевага цієї пропозиції (порівняно з вельми абстрактно сформульованою ст. 2.7.9 проекту «Виконання професійних або службових обов'язків») вбачається в її конкретизованості. За сприйняття такого варіанту поліпшення проекту ч. 2 його ст. 2.5.3 слід буде позбутись, а включену до глави 2.7 проекту статтю про нову обставину, що виключає протиправність діяння, доопрацювати з урахуванням зроблених вище застережень, а також узгодивши її зміст із ст. 2.7.12 проекту «Виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи».

Далі розглянемо, яким чином в аналізованому документі пропонується фіксувати правові наслідки провокації злочину, що наставатимуть для спровокованої особи.

У ч. 4 ст. 2.3.9 проекту (назва статті – «Юридична помилка») зазначається, що кримінально-правові засоби не застосовуються, зокрема, у випадку вчинення особою діяння, передбаченого Книгою 7 цього Кодексу, внаслідок провокації з боку службової особи органу правопорядку. Для порівняння: у ч. 4 первісної (станом на 10 серпня 2020 р.) версії проекту його ст. 2.5.3 містилось таке формулювання: «Вчинення злочину внаслідок провокації злочину з боку працівника органу правопорядку звільняє від кримінальної відповідальності, крім випадків вчинення злочину, яким заподіяна шкода потерпілому».

Книга 7 проекту, до якої відсилає п. «б» ч. 4 ст. 2.3.9 проекту, має назву «Злочини проти держави». Поки що складно сказати, чи визнаватимуться посяганнями на державу, наприклад, корупційні злочини у приватній сфері, а так само корупційні злочини осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (чи будуть відповідні заборони розміщені у підрозділі 7.6 проекту «Злочини проти публічної служби»), – при то-

⁴⁴ Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. С. 339–342. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

му, що і зазначені корупційні діяння можуть бути спровоковані (і провокуються) правоохоронцями. Вже зі сказаного зрозуміло, що до уточнення кола посягань, вчинення яких внаслідок провокації з боку службових осіб органів правопорядку виключатиме застосування кримінально-правових засобів, при доопрацюванні проєкту варто буде повернутись.

Оскільки Робоча група відмовляється від інституту звільнення від кримінальної відповідальності і як наскрізне використовує поняття кримінально-правових засобів, вказівка на незастосування останніх щодо спровокованої правоохоронцем особи, яка вчинила посягання на державу, виглядає зрозумілою. Схвальним є і прагнення підвести під кримінальну безкарність спровокованої поведінки (щоправда, лише у певній частині) матеріально-правове підґрунтя.

З правових позицій ЄСПЛ, сукупність яких утворює концепцію «поліцейської провокації», впливає що провокаційна поведінка правоохоронців є порушенням права особи на справедливий судовий розгляд, закріпленого в ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, у зв'язку з чим ця поведінка визнається неприпустимою. Усталена позиція ЄСПЛ полягає в тому, що суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті підбурювання з боку поліції, оскільки такі докази з самого початку піддали б обвинуваченого ризику непоправного позбавлення права на справедливий розгляд. Причому вимога належного здійснення правосуддя підлягає реалізації щодо всіх злочинів – від найбільш очевидних до найскладніших. Вважається, що застосування особливих методів ведення слідства (зокрема, агентурних) саме по собі не може порушувати право особи на справедливий суд; для застосування цих методів мають бути докази на підтвердження схильності особи до вчинення злочину.

Відтак на сьогодні, наприклад, провокація підкупу, вчинена службовою особою правоохоронного органу (утворює склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 370 КК України), здатна унеможливити (за відсутності допустимих дока-

зів) кримінальну відповідальність спровокованої особи через порушення конвенційного права на справедливий судовий розгляд. У цьому разі кримінальне провадження стосовно спровокованої особи підлягає закриттю за п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України або ухвалюється виправдувальний вирок через недоведеність злочину, в якому обвинувачується особа (п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК України). Настання процесуальної відповідальності (у вигляді «дискредитації» доказів – визнання їх недопустимими) як результат встановлення під час судового розгляду факту провокації підкупу змушує робити застереження щодо усталеної в нашій юридичній літературі і судовій практиці (п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво») тези про те, що провокація підкупу не виключає кримінальну відповідальність спровокованої особи за відповідними частинами статей 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК України. Матеріально-правових перешкод для інкримінування вказаних заборонних норм справді немає, чого не скажеш про процесуальні перешкоди. У цьому сенсі має рацію К. П. Задоя, який веде мову про заснований на правових позиціях ЄСПЛ процесуальний захист від провокації злочину і про те, що за її наявності особа не підлягає кримінальній відповідальності не через відсутність матеріально-правових підстав, а через порочність (дефектність) «побудови» за допомогою провокації злочину «інформаційно-оціночної моделі фактичних обставин справи»⁴⁵.

Висловлю сумнів у правильності запропонованого Робочою групою пов'язування незастосування кримінально-правових засобів щодо суб'єкта, спровокованого на вчинення забороненого діяння проти держави, з юридичною помилкою. Остання у ч. 1 ст. 2.3.9 проєкту визначається традиційно – як неправильне розуміння особою злочинності вчиненої нею дії чи бездіяльності та кримінально-правових засобів, які можуть бути застосовані. Навряд чи

⁴⁵ Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К. П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 64, 65.

особу, яка порушила відповідну кримінально-правову заборону через провокацію з боку правоохоронця, є підстави (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 помилятися щодо перебування її під впливом провокатора, бо той може діяти завуальовано (таємно). Однак і такий підхід не може вважатись універсальним, бо не є прийнятним щодо всіх випадків провокаційно-підбурювальної поведінки.

З цього приводу пригадується, як В. О. Навроцький заперечив твердження О. О. Сороки про те, що провокація з боку агентів держави має розглядатись як обставина, що виключає наявність вини у діях особи, котра збуває наркотики: «... загальне правило, згідно з яким вчинення злочину внаслідок підбурювання не виключає вини, поширюється і на випадки контролюваного представниками правоохоронних органів придбання наркотиків. Якщо ж дисертантка вважає, що є відсутність вини, то виникає питання, які самі ознаки умислу чи необережності відсутні?»⁴⁶.

Якщо незастосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, який через провокацію з боку службової особи органу правопорядку порушив кримінально-правову заборону, присвячену посяганням на державу, недоречно пов'язувати з проблематикою помилки (як юридичної, так і фактичної), то потребує вирішення питання про оптимальне місце у проєкті положення – аналогу п. «б» ч. 4 ст. 2.3.9.

У цьому сенсі викликає інтерес думка К. В. Ображиева про те, що завдяки рішенням ЄСПЛ, сприйнятим Верховним Судом РФ, провокаційно-підбурювальну діяльність співробітників правоохоронних органів слід розг-

⁴⁶ Навроцький Вячеслав. З професорської шухляди. Івано-Франківськ, 2016. С. 197.

лядати як нову, поки що не відображену у відповідній главі КК обставину, що виключає злочинність діяння, вчиненого особою, щодо якої ця діяльність здійснювалась⁴⁷. Свого часу член Робочої групи М. І. Хавронюк за результатами вивчення відповідного зарубіжного досвіду пропонував рухатись подібним шляхом, виступаючи за доповнення розділу VIII Загальної частини чинного КК України статтею 43¹ «Провокація злочину службовою особою». При цьому вчений робив застереження: особа, яку службова особа (зокрема, правоохоронного органу) спровокувала на вчинення злочину, підлягатиме кримінальній відповідальності лише за умисні тяжкий та особливо тяжкий злочини, які спричинили смерть потерпілого або інші тяжкі наслідки⁴⁸. Відтак заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, яке набуває вигляду посягання на державу, внаслідок провокації з боку правоохоронців, *de lege ferenda* може визнаватись обставиною, яка виключає протиправність діяння. Щоправда, у цьому разі потребуватиме уточнення така ознака обставин, що виключають протиправність діяння, як вчинення діяння при використанні особою свого суб'єктивного права, виконанні юридичного обов'язку або здійсненні державно-владних повноважень (п. «б» ч. 1 ст. 2.7.1 проєкту).

Проте 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? На практиці правоохоронцями провокується вчинення і таких злочинів, як ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів, створення або утримання місць розпусти і звідництво, торгівля людьми, втягнення особи в заняття проституцією тощо⁴⁹. Треба так розуміти, що на питання, чи будуть за новим КК України до суб'єктів, спровокованих

⁴⁷ Ображиев К. В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права. Москва: Юрлитинформ, 2015. С. 244.

⁴⁸ Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 295, 577.

⁴⁹ Ільницький В. Провокація злочинів. *Юридичний вісник України*. 10–16 серпня 2018 р. № 32.

на вчинення зазначених злочинів, застосовуватись кримінально-правові засоби, Робоча група дає ствердну відповідь. І логіка у цьому, звісно, є: такі суб'єкти, хай навіть і через провокацію, злочини (не має значення, закінчені або ні) вчинили. «... особа, яку схилили до вчинення протиправних дій, залишається злочинцем, як і той, хто прийняв рішення про такий вчинок самостійно»⁵⁰. «... провокаційна діяльність не виключає свободи волі в поведінці особи, і вона самостійно приймає рішення про те, вчиняти злочин чи ні»⁵¹.

Виходить, що у частині, відмінній від посягань на державу, застосування кримінально-правових засобів залишатиметься похідним від дотримання (порушення) конвенційного положення про справедливий судовий розгляд і, відповідно, визнання допустимості (недопустимості) доказів, тобто проблема (як це має місце і тепер) розв'язуватиметься у процесуальній площині. І така обстоювана Робочою групою альтернативність, попри її нелогічність на перший погляд, не суперечить підходу, сповідуваному ЄСПЛ: останній залишає національним державним органам право вирішувати, в якому (матеріально-правовому або процесуальному) порядку має здійснюватись захист від провокаційної поведінки з боку правоохоронців⁵².

Порівняння різних варіантів проекту схиляє до думки про те, що його розробники визнають безпідставним незастосування кримінально-правових засобів щодо спровокованих злочинів інших категорій (крім посягань на

⁵⁰ Ярмиш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. С. 147.

⁵¹ Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. С. 114.

⁵² «Як вихідний пункт, Суд повинен пересвідчитися у потенційній спроможності національних судів розглядати таку скаргу у спосіб, сумісний із правом на справедливий судовий розгляд. Тому він повинен перевірити, чи є обґрунтована скарга заявника про підбурювання розумним захистом відповідно до національного законодавства або дає підстави для вилучення доказів або призводить до подібних наслідків. Незважаючи на те, що Суд, як правило, залишає внутрішнім органам влади вирішувати, якої процедури має дотримуватися суддя при отриманні заяви про провокацію вчинення злочину, він вимагає, щоб така процедура була змагальною, ретельною, вичерпною та остаточною з питання провокації злочину з метою його викриття» (рішення ЄСПЛ у справі «Матанович проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р. (п. 126). URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf (дата звернення: 24.11.2020)).

Варто уточнити, що в цьому рішенні ЄСПЛ вжите формулювання «substantive defence under domestic law», в якому «substantive» слід розуміти не як розумний, а як матеріально-правовий.

державу), зважаючи на те, що вони можуть мати потерпілих, і їхній інтерес у розв'язанні кримінально-правового конфлікту не слід ігнорувати. З цього приводу В. В. Навроцька ставить таке риторичне питання: «А яка, за великим рахунком, потерпілому різниця: злочин щодо нього вчинено через тупість або злий умисел винного або ж у зв'язку із під'южуванням з боку правоохоронних органів?»⁵³.

Цікаво, що в п. «з» ч. 1 ст. 3.2.2 проекту фігурує така обставина, яка пом'якшує покарання, як «вчинення злочину, яким заподіяно шкоду потерпілому, внаслідок провокації за сприяння або вплив працівника органу правопорядку». Нелогічним вважаю те, що провокація з боку правоохоронців до вчинення злочинів, які не мають потерпілих, не визнаватиметься пом'якшувальною обставиною. Водночас як позитив оцінюю охоплення формулюванням, яке міститься у п. «з» ч. 1 ст. 3.2.2 проекту, непрямой провокації з боку службової особи органу правопорядку⁵⁴.

Приверну увагу і до відсутності у проекті положень про вплив на юридичну долю порушника кримінально-правової заборони тієї обставини, що злочин (включаючи злочин проти держави) спровоковано іншим суб'єктом, а не службовою особою органу правопорядку. Навряд чи це можна визнати здобутком проекту. Підкресливши, що законодавець не враховує специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності, О. І. Альошина свого часу ініціювала доповнення ч. 1 ст. 66 КК України обставиною, яка пом'якшує покарання, у виді вчинення спрово-

⁵³ Навроцька В. В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. С. 35.

⁵⁴ В одному з нещодавніх рішень ЄСПЛ визначив критерії непрямой провокації, тобто провокації, коли особа безпосередньо не контактує з працівниками поліції, які працюють під прикриттям, проте залучається до вчинення правопорушення співучасником, якого на вчинення злочину безпосередньо спровокували органи поліції. ЄСПЛ навів тест для оцінки непрямой провокації: 1) чи було передбачуваним для поліції те, що особа, яка безпосередньо схиляється до вчинення злочину, контактуватиме з іншими особами для участі у злочині; 2) чи визначалась діяльність цих осіб також поведінкою поліцейських; 3) чи розглядалися ці особи національними судами як співучасники злочину (див.: Бабанли Р., Тарасенко О. Критерії непрямой провокації на вчинення злочину: розвиток практики Європейського суду з прав людини у справі «Akbaý and Others v. Germany». URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/182446-kriteriyi-nepryamoyi-provokatsiyi-na-vchinennya-zlochynu-rozvitok-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravi-akbay-and-others-v-germany> (дата звернення: 24.11.2020)).

кованого злочину⁵⁵. Підтримуючи таку пропозицію, В. В. Навроцька зауважує, що виправдання особи, яка піддалася на вмовляння вчинити злочин, призведе до того, що уникнути справедливої відплати за скоєне зможуть справжні злочинці (наприклад, корупціонери), які завжди зможуть заявити про те, що їх спровокували на вчинення злочину⁵⁶.

На мою думку, вчинення злочину під впливом провокаційної поведінки (зокрема, з боку службових осіб органів правопорядку) могло б набути статусу не просто обставини, яка пом'якшує покарання. З тим, щоб підкреслити значимість вказаної поведінки, в цій частині не було б зайвим обміркувати вдосконалення ст. 2.1.8 проєкту «Обставини, які знижують тяжкість злочину на два ступеня». Видається, що такий крок узгоджувався б із втіленням у проєкті інноваційним підходом до класифікації злочинів залежно від їхньої тяжкості.

Висновки.

1. Наведена в ч. 1 ст. 2.5.3 проєкту дефініція поняття провокації злочину потребує вдосконалення з урахуванням того, що: а) при провокації злочину не виключається такий вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання до злочину; б) запропонована розробниками проєкту мета провокації злочину не дозволить охопити відповідною дефініцією провокаційну поведінку службових осіб органів правопорядку. Поліпшена ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту має враховувати те, що поведінка провокатора може розцінюватись як дії не лише підбурювача, а й організатора злочину.

2. Статтю 2.4.5 проєкту «Добровільна відмова при незакінченому злочині, вчиненому у співучасті» доцільно доповнити окремою частиною, яка б відображала специфіку добровільної відмови провокатора злочину.

3. При вдосконаленні розділу 7.4 проєкту «Злочини проти правосуддя» варто повернутись до питання про доцільність включення до цього розділу

⁵⁵ Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. С. 166, 180.

⁵⁶ Навроцька В. В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації. С. 239.

статті про провокацію злочину, розрахованої на службових осіб органів правопорядку.

4. При доопрацюванні ч. 2 ст. 2.5.3 проекту, присвяченої дотичній до провокації злочину правомірній поведінці правоохоронців, спрямованій на викриття злочинів, пропонується: а) положення про надання особі можливості вчинити злочин 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; б) включити в цю норму проекту згадування про оперативно-розшукові заходи, здійснювані до кримінального провадження і врегульовані не КПК України, а оперативно-розшуковим законодавством. За сприйняття ж «альтернативної» пропозиції щодо закріплення контролю за вчиненням злочину як нової обставини, що виключає протиправність діяння, ч. 2 потребуватиме виключення із ст. 2.5.3 проекту.

Оскільки проблема визначення меж правомірності дотичної до провокації злочину поведінки правоохоронців та їхніх агентів невідривно пов'язана з нормативно-правовим регулюванням НС(Р)Д та інших негласних заходів, доопрацювання проекту у частині вирішення питань, пов'язаних із провокацією злочину, потребує залучення фахівців із кримінального процесуального права та ОРД.

5. Пропоноване проектом незастосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, який через провокацію з боку службової особи органу правопорядку порушив кримінально-правову заборону, присвячену посяганням на державу, безпідставно пов'язувати з проблематикою помилки (і юридичної, і фактичної). Як варіант заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у такій ситуації може бути визнане обставиною, яка виключає протиправність діяння.

Коло посягань, вчинення яких унаслідок провокації з боку правоохоронців виключатиме застосування кримінально-правових засобів, потребує уточнення.

Вадою проекту є відсутність у ньому положень про вплив на юридичну долю порушника кримінально-правової заборони тієї обставини, що злочин (включаючи злочин проти держави) спровоковано іншим суб'єктом, а не службовою особою органу правопорядку. Вчинення злочину під впливом провокаційної поведінки могло б набути статусу обставини, яка знижує тяжкість злочину (а не просто пом'якшує покарання), що відповідало б втіленому у проекті інноваційному підходу до класифікації злочинів.

Список використаних джерел

1. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. 204 с.
2. Арманов М. Г. Особливості кваліфікації корупційних дій у публічній сфері відповідно до типових ситуацій їх виявлення. *Антикорупційна політика України: актуальні проблеми забезпечення ефективності*: збірник матеріалів інтернет-конференції (Київ, 29 травня 2015 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2015. С. 156–162.
3. Артем Ситник: «Наближаються вибори, і НАБУ, як незалежний антикорупційний орган, політичній еліті просто непотрібний». *Голос України*. 18 жовтня 2018 р., № 197.
4. Артеменко Н. В., Минькова А. М. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора та инициатора преступления в уголовном праве РФ. *Журнал российского права*. 2004. № 11. С. 48–54.
5. Арутюнов А. Подстрекатель преступления. *Государство и право*. 2002. № 11. С. 122–128.
6. Арутюнов А. Провокация преступления. *Российский следователь*. 2002. № 8. С. 33–34.
7. Бабанли Р., Тарасенко О. Критерії непрямой провокації на вчинення злочину: розвиток практики Європейського суду з прав людини у справі «Akbay and Others v. Germany». URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/182446-kriteriyi-nepryamoji-provokatsiyi-na-vchinennya-zlochynu-rozvitok-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravi-akbay-and-others-v-germany> (дата звернення: 24.11.2020)).
8. Баганець О. В. Доказування стороною обвинувачення прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою у досудовому розслідуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2017. 269 с.
9. Баганець О. Провокування підкупу: справи, про які мовчать. *Юридичний вісник України*. 2–8 листопада 2018 р., № 5.

10. Білічак О. А. Контроль за вчиненням злочину: поняття та форми. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського*. Серія: юридичні науки. Том 28. 2017. № 2. С. 51–55.
11. Борков В. Квалификация преступлений, совершаемых в сфере оперативно-розыскной деятельности. *Уголовное право*. 2018. № 1. С. 15–22.
12. Гродецький Ю. В. Добровільна відмова провокатора злочину. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 2. С. 122–134. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/09_Гродецький.pdf (дата звернення: 24.11.2020)).
13. Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти провокації підкупу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 1. С. 76–82. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2016/23.pdf (дата звернення: 24.11.2020).
14. Дудоров О. О., Лоскутов Т. О. Провокація підкупу (окремі матеріально-правові та процесуальні аспекти). *Актуальні питання кримінального права та процесу*: матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Кривий Ріг, 14 червня 2019 року). Ред. кол.: О. О. Волобуєва, Т. О. Лоскутов, А. С. Політова. Кривий Ріг: Поліграфічна компанія «Геліос-Принт», 2019. С. 13–18.
15. Дудоров О., Письменський Є. Кримінально-правова заборона провокації підкупу, або Правоохоронець як ініціатор злочину. *Юридичний вісник України*. 11–17 квітня 2015 р., № 14; 18–24 квітня 2015 р., № 15.
16. Ільницький В. Провокація злочинів. *Юридичний вісник України*. 10–16 серпня 2018 р. № 32.
17. Калітенко О. В., Калмиков Д. О., Коліушко І. Б. та ін. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / за заг. ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. 366 с.
18. Каменський Д. В. Відповідальність за економічні злочини в США та Україні: порівняльно-правове дослідження: монографія / передне слово д-ра юрид. наук, проф. О. О. Дудорова. Київ: Дакор, 2020. 1128 с.
19. Карелов К. Ю. Спеціальні правила кваліфікації провокації злочинів, вчинених у співучасті: відмежування провокації від суміжних кримінально-правових понять. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Вип. 3. Т. 2. С. 143–146.
20. Кваша О. О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. 380 с.
21. Костенко О. М., Кваша О. О., Сірий М. І. та ін. Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми): монографія / Київ: Наукова думка, 2014. 318 с.
22. Навроцька В. В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2013. № 4. С. 235–241.

23. Навроцька В. В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. 224 с.

24. Навроцький Вячеслав. З професорської шухляди. Івано-Франківськ, 2016. 705 с.

25. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. 522 с.

26. Ображиев К. В. Система формальних (юридических) источников российского уголовного права. Москва: Юрлитинформ, 2015. 504 с.

27. Орловський Р. С. Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. 512 с.

28. Погорецький М. А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 1. С. 33–43.

29. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 25 червня 2019 р. у справі № 334/4373/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82858164> (дата звернення: 24.11.2020).

30. Постанова колегії суддів Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 5 травня 2020 р. у справі № 754/2623/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89107394> (дата звернення: 24.11.2020).

31. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 жовтня 2018 р. у справі № 372/4155/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77684950> (дата звернення: 24.11.2020).

32. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 квітня 2019 р. у справі № 127/5345/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81203042> (дата звернення: 24.11.2020).

33. Рішення ЄСПЛ у справі «Матановіч проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р. (п. 126). URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

34. Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 3. С. 337–342. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

35. Стан здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення судами загальної юрисдикції у 2019 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2020. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zbirka_analit_tablic_2019.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

36. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К. П. Задої. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. 135 с.

37. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2 т. Т. 1. Москва: Наука, 1994. 380 с.

38. Трайнин А. Н. Избранные труды / сост., вступит. статья докт. юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. 898 с.

39. Трепак В. М. Розкриття та розслідування хабарництва, вчинюваного суддями, та подолання протидії засобами оперативно-розшукової діяльності: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.09 / Трепак Віктор Миколайович; Акад. адвокатури України. К., 2011. 19 с.

40. Ус О. В. Провокація підкупу: аналіз складу злочину й питання кваліфікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2015. Вип. 16 (2). С. 66–70.

41. Фріс П. Л. Вибрані праці. Івано-Франківськ: Фоліант, 2014. 652 с.

42. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.

43. Хомич В. М., Бранчель И. И. Оперативный эксперимент как способ выявления взяточничества: монография. Минск: БГУФК, 2009. 240 с.

44. Ярмиш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. 192 с.

45. Ярмиш Н. Провокація підкупу та співучасть у корупційних злочинах: парадокси кримінально-правового регулювання. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4/2. С. 111–116.

REFERENCES

1. Aloshyna, O.I. (2007). *Provokatsiia zlochynu (kryminalno-pravove doslidzhennia)*. *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

2. Armanov, M.H. (2015). *Osoblyvosti kvalifikatsii koruptsiinykh dii u publichnii sferi vidpovidno do typovykh sytuatsii yikh vyjavlennia*. *Antykoruptsiina polityka Ukrainy: aktualni problemy zabezpechennia efektyvnosti: zbirnyk materialiv internet-konferentsii (Kyiv, 29 travnia 2015 roku) – Anti-corruption policy of Ukraine: current issues of efficiency: a collection of materials of the Internet conference*. Kyiv: National Academy of Public Prosecutor of Ukraine, 156–162 [in Ukrainian].

3. Artem Sytnyk: «Nablyzhaiutsia vybory, i NABU, yak nezalezhnyi antykoruptsiinyi zlochyn, politychnii eliti prosto nepotribnyi» (2018). *Holos Ukrainy – Voice of Ukraine*, 18 zhovtnia (No. 197) [in Ukrainian].

4. Artemenko, N.V., Mynkova, A.M. (2004). Problemy uholovno-pravovoi otsenky deiatelnosti posrednyka, provokatora ta ynytskyatora prestupleniya v uholovnom prave RF. *Zhurnal rossyiskoho prava – Journal of Russian Law*, 11, 48–54 [in Russian].
5. Arutiunov, A. (2002). Podstrekatel prestupleniya. *Hosudarstvo y pravo – State and Law*, 11, 122–128 [in Russian].
6. Arutiunov, A. (2002). Provokatsiya prestupleniya. *Rosyiskyi sledovatel – Russian Investigator*, 8, 33–34 [in Russian].
7. Babanly, R., Tarasenko, O. (2020). Kryterii nepriamoi provokatsii na vchynennia zlochynu: rozvytok praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Akabay and Others v. Germany». URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/182446-kriteriyi-nepryamoyi-provokatsiyi-na-vchinennya-zlochynu-rozvitok-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravi-akabay-and-others-v-germany> [in Ukrainian].
8. Bahanets, O.V. (2017). Dokazuvannia storonoiu obvynuvachennia pryiniattia propozytsii, obitsianky abo oderzhannia nepravomirnoi vyhody sluzhbovoiu osoboiu u dosudovomu rozsliduvanni. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
9. Bahanets, O. (2018) Provokuvannia pidkupu: spravy, pro yaki movchat. *Yurydychnyi visnyk Ukrainy – Law Herald of Ukraine*, 2–8 lystopada (No. 5) [in Ukrainian].
10. Bilichak, O.A. (2017). Kontrol za vchynenniam zlochynu: poniattia ta formy. *Vcheni zapysky TNU imeni V. I. Vernadskoho. Seria: yurydychni nauky – Scientific notes of TNU named after V.I. Vernadsky. Series: legal sciences. Vol. 28. (No. 2)*, 51–55 [in Ukrainian].
11. Borkov, V. (2018). Kvalyfykatsiya prestuplenyi, sovershaemykh v sfere operatyvno-rozysknoi deiatelnosti. *Uholovnoe pravo – Criminal Law*, 1, 15–22 [in Russian].
12. Hrodetskyi, Yu.V. (2015). Dobrovilna vidmova provokatora zlochynu. *Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy – Herald of the Association of Criminal Law of Ukraine*, 2, 122–134. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/09_Гродецький.pdf [in Ukrainian].
13. Dudorov, O.O. (2016). Kryminalno-pravovi aspekty provokatsii pidkupu. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal – Legal scientific electronic journal*, 1, 76–82. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2016/23.pdf [in Ukrainian].
14. Dudorov, O.O., Loskutov, T.O. (2019). Provokatsiia pidkupu (okremi materialno-pravovi ta protsesualni aspekty). *Aktualni pytannia kryminalnoho prava ta protsesu: Materialy V Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Kryvyi Rih, 14 chervnia 2019 roku) – Current issues of criminal law and procedure: Proceedings of the V All-Ukrainian scientific-practical conference (Kryvyi Rih, June 14, 2019)*. O.O. Volobuieva, T.O. Loskutov, A.S. Politova (Eds.). Kryvyi Rih: Polihrafichna kompaniia «Helios-Prynt», 13–18 [in Ukrainian].

15. Dudorov, O., Pysmenskyi, Ye. (2015). Kryminalno-pravova zaborona provokatsii pidkupu, abo Pravookhoronets yak initsiator zlochynu. *Yurydychnyi visnyk Ukrainy – Legal Bulletin of Ukraine*, 11–17 kvitnia (No. 14); 18–24 kvitnia (No. 15) [in Ukrainian].

16. Ilnytskyi, V. (2018). Provokatsiia zlochyniv. *Yurydychnyi visnyk Ukrainy – Legal Bulletin of Ukraine*, 10–16 serpnia (No 32) [in Ukrainian].

17. Kalitenko, O.V., Kalmykov, D.O., Koliushko, I.B. et al. (2019). Alternatyvnyi zvit z otsinky efektyvnosti vprovadzhennia derzhavnoi antykoruptsiinoi polityky. M.I. Khavroniuk (Ed.). Kyiv: Moskalenko O.M. [in Ukrainian].

18. Kamenskyi, D.V. (2020). Vidpovidalnist za ekonomichni zlochyny v SShA ta Ukraini: porivnialno-pravove doslidzhennia: monohrafiia. Kyiv: Dakor [in Ukrainian].

19. Karelov, K.Yu. (2019). Spetsialni pravyla kvalifikatsii provokatsii zlochyniv, vchynenykh u spivuchasti: vidmezhuвання provokatsii vid sumizhnykh kryminalno-pravovykh poniat. *Prykarpatskyi yurydychnyi visnyk – Prikarpatie Legal Bulletin. Issue 3, Vol. 2, 143–146* [in Ukrainian].

20. Kvasha, O.O. (2013). Spivuchast u zlochyni: sutnist, struktura ta vidpovidalnist. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

21. Kostenko, O.M., Kvasha, O.O., Siryi, M.I. et al. (2014). Protydiia zlochynam u sferi sluzhbovoi diialnosti (kryminolohichni, kryminalno-pravovi i kryminalno-protseusualni problemy). Kyiv: Naukova dumka [in Ukrainian].

22. Navrotska, V.V. (2013). Dokazove znachennia danykh, zdobutykh v rezultati provokatsii. *Visnyk Kryminolohichnoi asotsiatsii Ukrainy – Bulletin of the Criminology Association of Ukraine*, 4, 235–241 [in Ukrainian].

23. Navrotska, V.V. (2016). Sud nad Isusom Khrystom z pozytsii drevnoiudeiskoho ta suchasnoho kryminalnoho prava y protsesu. Kyiv: Vydavnychiy dim «ArtEk» [in Ukrainian].

24. Navrotskyi, Viacheslav. (2016). Z profesorskoï shukhliady. Ivano-Frankivsk [in Ukrainian].

25. Nastilna knyha detektyva, prokurora, suddi: komentar antykoruptsiinoho zakonodavstva. (2012). M.I. Khavroniuk (Ed.). 2-he vyd., pererobl. i dopov. Kyiv: VD «Dakor» [in Ukrainian].

26. Obrazhyev, K.V. (2015). Systema formalnikh (yurydycheskykh) ystochnykov rossiyskoho uholovnoho prava. Moskva: Yurlytynform [in Ukrainian].

27. Orlovskyi, R.S. (2019). Instytut spivuchasti v kryminalnomu pravi Ukrainy: *Doctor's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

28. Pohoretskyi, M.A. (2016). Zastosuvannia provokatsii v khodi nehlasnykh rozsliduvan: pytannia pravomirnosti. *Visnyk kryminalnoho sudochynstva – Bulletin of Criminal Proceedings*, 1, 33–43 [in Ukrainian].

29. Postanova kolehii suddiv Druhoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnogo sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 25 chervnia 2019 r. u spravi № 334/4373/16-k. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82858164>.

30. Postanova kolehii suddiv Kasatsiinoho kryminalnogo sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 5 travnia 2020 r. u spravi № 754/2623/14-k. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89107394>.

31. Postanova kolehii suddiv Pershoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnogo sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 9 zhovtnia 2018 r. u spravi № 372/4155/15-k. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77684950>.

32. Postanova kolehiyi suddiv Pershoyi sudovoyi palaty Kasatsiinoho kryminal'nogo sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 9 kvitnya 2019 r. u spravi № 127/5345/16-k. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81203042>.

33. Rishennya YESPL u spravi «Matanovich proty Khorvatiyi» vid 4 kvitnya 2017 r. (p. 126). URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf.

34. Sybal, O.B. (2020). Kontrol za vchynenniam zlochynu: kryminalno-pravovyi aspekt. Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal – Legal scientific electronic journal*, 3, 337–342. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2016/23.pdf [in Ukrainian].

35. Stan zdiisnennia pravosuddia u kryminalnykh provadzhenniakh ta spravakh pro administratyvni pravoporushennia sudamy zahalnoi yurysdyksii u 2019 rotsi. Opratsovano statystychni dani Derzhavnoi sudovoi administratsii Ukrainy, Kasatsiinoho kryminalnogo sudu u skladi Verkhovnoho Sudu. (2020). Kyiv: Verkhovnyi Sud. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zbirka_analit_tablic_2019.pdf.

36. Sudova praktyka v spravakh pro zlochyny v sferi sluzhbovoi diialnosti ta profesiinoi diialnosti, pov'iazanoi z nadanniam publicynykh posluh: okremi tendentsii, problemy ta perspektyvy vdoskonalennia. (2014). K.P. Zadoya (Ed.). Kyiv: Ahrar Media Hrup [in Ukrainian].

37. Tahantsev, N.S. (1994). Russkoe uholovnoe pravo. Lektsyy. Chast obshchaia. In 2 vols. Vol. 1. Moskva: Nauka [in Russian].

38. Trainyn, A.N. (2004). Yzbrannye trudy. Sankt-Peterburh: Yzd-vo «Iurydycheskiy tsentr Press» [in Russian].

39. Trepak, V.M. (2011). Rozkryttia ta rozsliduvannia khabarnytstva, vchyniuvanoho suddiamy, ta podolannia protydii zasobamy operatyvno-rozshukovoi diialnosti. *Extended abstract of candidate's thesis*. Lviv [in Ukrainian].

40. Us, O.V. (2015). Provokatsiia pidkupu: analiz skladu zlochynu y pytannia kvalifikatsii. *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Serii: Yurysprudentsiia – Scientific Bulletin of the International Humanities University. Series: Jurisprudence. Issue 16 (2)*, 66–70 [in Ukrainian].

41. Fris, P.L. (2014). Vybrani pratsi. Ivano-Frankivsk: Foliant [in Ukrainian].

42. Khavroniuk, M.I. (2006). Kryminalne zakonodavstvo Ukrainy ta inshykh derzhav kontynentalnoi Yevropy: porivnialnyi analiz, problemy harmonizatsii: monohrafiia. Kyiv: Yuryskonsult [in Ukrainian].

43. Khomych, V.M., Branchel, Y.Y. (2009). Operatyvnyi eksperyment kak sposob viyavleniia vziatochnychestva: monohrafiia. Mynsk: BHUFK [in Russian].

44. Yarmysh, N.M. (2014). Problemy kryminalno-pravovoi kvalifikatsii (zlochyny proty zhyttia ta zdorov'ia osoby, proty vlasnosti, u sferi sluzhbovoi diialnosti ta profesiinoi diialnosti, pov'iazanoi z nadanniam publicnykh posluh): navch. posib. Kyiv: Natsionalna akademiia prokuratury Ukrainy [in Ukrainian].

45. Yarmysh, N. (2017). Provokatsiia pidkupu ta spivuchast u koruptsiinykh zlochynakh: paradoksy kryminalno-pravovoho rehuliuвання. *Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy – Bulletin of the National Academy of Public Prosecutor of Ukraine*, 4/2, 111–116 [in Ukrainian].

Dudorov A. A. O perspektyvakh zakonodatel'noy reglamentatsii provokatsionnogo povedeniia i ego pravovykh posledstviy

Анализируются положения проекта нового Уголовного кодекса Украины, касающиеся провокационного поведения и его правовых последствий. Акцент сделан на выяснении того, насколько разработчиками исследуемого документа учтены достижения уголовно-правовой доктрины, правовые позиции ЕСПЧ и законодательство Украины о негласных следственных (розыскных) действиях, иных негласных мероприятиях, а также будет ли способствовать воплощенная в проекте регламентация упомянутого поведения решению правоприменительных проблем. Определены направления, по которым целесообразно продолжить работу по совершенствованию соответствующих положений.

Ключевые слова: *провокация преступления, соучастие в преступлении, подстрекательство к преступлению, негласные следственные (розыскные) действия, контроль за совершением преступления, проект нового Уголовного кодекса Украины.*

Dudorov A. A. On the prospects of legislative regulation of provocative behavior and its legal consequences

Analysis of the provisions of the draft of the new Criminal Code of Ukraine regarding provocative behavior and its legal consequences is conducted. Emphasis is made on finding out to what extent the developers of the researched document took into account achievements of the criminal law doctrine, legal positions of the European Court of Human Rights and law on covert investigative actions and other covert measures, as well as whether unification of specified behavior in the draft law will help solving law enforcement problems. The directions in which it is expedient to continue work on improvement of the corresponding provisions are defined.

In particular, it is argued that definition of the concept of provocation of a crime, described in Part 1 of Art. 2.5.3 of the draft, needs to be improved taking into account that provocation of a crime does not exclude such influence on a person, which is not covered by the criminal law concept of incitement to crime.

It is proved that Article 2.4.5 of the draft criminal code «Voluntary refusal of an uncompleted crime committed in complicity» should be supplemented with a part that would reflect the specifics of the voluntary refusal of the provocateur, and when finalizing section 7.4 of the draft «Crimes against Justice» it is worth to return to the issue of including the article on provocation of a crime in such section, intended for officials of law enforcement agencies.

When improving part 2 of Art. 2.5.3 of the draft law on lawful conduct of law enforcement officers related to crime provocation, it is proposed to: 1) to change provision on giving a person the opportunity to commit a crime under control of law enforcement officials with a generalized wording, which will cover activities constituting various types of control over the commission of a crime as covert investigative actions; 2) to include, in such provision of the draft criminal code, a reference to operative-investigative measures carried out before criminal proceedings and regulated not by the Criminal Procedure Code of Ukraine, but by operative-investigative law.

It has been proved that the project's proposed non-application of criminal remedies to an person, who violated a criminal law ban on encroachment on the state, due to a provocation by an official of a law enforcement agency, should not be unreasonably linked to the problem of error (both legal and factual). As an option, causing damage to law enforcement interests in such situation may be recognized as a circumstance, which excludes illegality of the act.

The disadvantage of the draft criminal code lies in the lack of provisions on the impact on the legal fate of the violator of the criminal law prohibition of the fact that the crime (including a crime against the state) has been provoked by another entity and not by a law enforcement officer. It has been suggested for the further discussion that commission of a crime under the influence of provocative behavior could acquire the status of a circumstance, which reduces the gravity of the crime (rather than simply mitigates the punishment), which would correspond to the innovative approach to crime classification embodied in the draft law.

Key words: *crime provocation, complicity in a crime, incitement to a crime, covert investigative actions, control over the commission of a crime, draft of the new Criminal Code of Ukraine.*