

DOI: 10.34015/2523-4552.2021.4.02
УДК 343.352

*Каменський Д. В.,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри правознавства
Бердянського державного педагогічно-
го університету
ORCID: 0000-0002-3610-2514*

ПРОВОКАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У науковій статті здійснено авторську спробу проаналізувати, з позицій юридичної компаративістики, проблематику провокації кримінального правопорушення, спираючись на релевантні законодавчі та правозастосовні джерела в Україні та деяких інших державах.

На підставі активного звернення до попередньої законотворчої роботи та опрацювання відповідного зарубіжного досвіду, спрогнозовані деякі перспективи вдосконалення міжгалузевого інституту провокації. Висвітлено доречні історичні та міжнародні аспекти проблематики, розглянуто позиції американських та європейських авторів щодо визначення ознак та меж допустимості провокації. Показано, що кожна держава намагається винайти свій власний, самобутній підхід до юридичної оцінки правоохоронної провокації.

Ключові слова: *провокація кримінального правопорушення; порівняльно-правове дослідження; зарубіжне законодавство; правоохоронний орган; інформатор.*

В научной статье предпринята авторская попытка проанализировать, с позиций юридической компаративистики, проблематику провокации уголовного правонарушения, опираясь на релевантные законодательные и правоприменительные источники в Украине и некоторых других государствах.

На основании активного обращения к предыдущей законотворческой работе и проработке соответствующего зарубежного опыта, прогнозируются некоторые перспективы усовершенствования межотраслевого института провокации. Освещены уместные исторические и международные аспекты проблематики, рассмотрены позиции американских и европейских авторов по определению признаков и пределов допустимости провокации. Показано, что каждое государство пытается изобрести свой, самобытный подход к юридической оценке правоохранительной провокации.

Ключевые слова: *провокация уголовного правонарушения; сравнительно-правовое исследование; зарубежное законодательство; правоохранительный орган; информатор.*

Постановка проблеми. Як відомо, у межах ст. 370 КК криміналізовано таке діяння, як провокація підкупу, тобто дії службової особи з

підбурювання особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Наразі в правозастосовній практиці досить часто виникає ситуація, пов'язана з визначенням правильних критеріїв розмежування провокації вчинення злочину з боку правоохоронних органів та здійсненням негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема контролю за вчиненням злочину. Це питання не втрачає своєї актуальності, оскільки як в Україні, так і за кордоном періодично відбуваються «гучні» викриття передачі неправомірної вигоди державним та корпоративним службовцям різного рівня.

Відповідно, ураховуючи універсальний характер феномену провокації злочину взагалі та корупційного зокрема, висвітлення відповідної кримінально-правової проблематики саме в компаративістському аспекті не повинно стати марним завданням.

Аналіз останніх досліджень і наукових публікацій. У вітчизняній кримінально-правовій науці питання, пов'язані з юридичною оцінкою провокаційної поведінки в її різних проявах, є активно досліджуваними. Кримінально-правові аспекти провокації, передусім у частині провокації підкупу (ст. 370 КК), досліджувались у роботах П. Андрушка, О. Альошиної, О. Бантишева, Т. Батраченко, Ю. Бауліна, Ю. Гродецького, О. Грудзура, О. Дудорова, Н. Єгорова, П. Загородіренка, К. Задой, В. Киричка, В. Комар, О. Лемешка, М. Мельника, В. Навроцького, В. Осадчого, Є. Письменського,

М. Саакяна, В. Трепака, О. Ус, і деяких інших авторів.

У європейському кримінальному праві феномен провокації кримінальних правопорушень вивчали зокрема Ф. Герліц, Дж. Губерт, М. Шеффер, П. Візер, Д. Хілл, С. Маклауд, А. Тані, Л. Леванон, І. Роксін та інші.

Водночас ретельне опрацювання проблематики провокації в роботах названих та інших фахівців не знімає з порядку денного актуальність ретельного опрацювання об'єктивних і суб'єктивних ознак провокації, у т.ч. у режимі порівняння з законодавством і практикою зарубіжних країн.

Постановка завдання. Метою наукової статті є здійснення автором компаративістського екскурсу в проблематику провокації кримінального правопорушення, спираючись на релевантні законодавчі та правозастосовні джерела в Україні та деяких інших державах.

Виклад основного матеріалу варто почати із звернення до питання про доцільність та актуальність здійснення порівняльних досліджень на сучасному етапі розвитку кримінально-правової науки. Справді, під час визначення правильного напрямку порівняльного кримінально-правового дослідження потрібно враховувати такі взаємопов'язані компоненти, як: 1) визначення об'єкта дослідження; 2) проблемність стану об'єкта дослідження; 3) суворе додержання логічно послідовного шляху дослідження об'єкта в його проблемному стані; 4) обґрунтованість і доказовість результатів дослідження; 5) можливість безпосереднього або принаймні опосередкованого використання результатів дослідження на практиці. Наведені «базові» елементи, які, на мій погляд,

утворюють умовну ДНК життєздатного компаративістського проєкту в галузі кримінального права, спрямовані на ідентифікацію конкретного переліку завдань наукового пізнання, на обережне використання дослідником свого аналітико-емпіричного інструментарію в процесі такого пізнання, урешті-решт на отримання більш-менш конкретних, прагматичних результатів від здійсненого дослідження [1, с. 111].

Принагідно та фрагментарно звертаючись до «історії питання», наукова розробка провокації як протиправного діяння, доцільності й правомірності її застосування у протидії злочинності найбільш продуктивно почалася лише у середині XIX ст., коли у 1844 р. німецький криміналіст М. Брейденбах (Moritz Breidenbach) уперше провів кримінально-правовий аналіз провокації на основі сформованої в кінці XVII ст. у Франції практики використання методів провокації за допомогою засилання поліцейських агентів у злочинний світ (що, до речі, послугувало підставою для визнання цієї держави багатьма вченими світу батьківщиною агентурної роботи та провокації), надавши цьому поняттю виключно політичне значення.

Він уважав, що провокацію утворює діяльність таємної агентури, а саме таких суб'єктів, яких уряд скеровує на штучне збудження заворушень для того, щоб, використовуючи їх, мати можливість (привід) організовувати державні перевороти або вдаватися до надзвичайних заходів управління, які неможливі в мирний час. Із урахуванням зазначеної мети діяльності агентів поліції М. Брейденбах для відображення специфіки її смислового значення до

слова «агент» додав додаток «провокатор». Поєднання слів «агент-провокатор» стало активно вживатися у відповідних наукових дослідженнях XIX–XX ст., незважаючи на те, що в розуміння діяльності агента-провокатора вченими вкладався різний зміст. Таким чином, метою агента-провокатора, на думку М. Брейденбаха, була не передача злочинців у руки правосуддя, а створення умов для здійснення «революції згори» та розправа з небажаними уряду особами неправовими методами, за допомогою створення надзвичайної обстановки [2, с. 35].

Стисло про міжнародно-правовий аспект досліджуваної проблематики. У ч. 1 ст. 23 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, ратифікованої Україною в 2006 р. (далі – Конвенція), зазначено зокрема про те, що кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, включаючи заходи, що дозволяють застосування спеціальних слідчих методів із дотриманням національного законодавства, які можуть бути необхідними для забезпечення їй можливості сприяти збиранню доказів у зв'язку з кримінальними злочинами, визначеними у Конвенції.

Відповідно до § 36 пояснювального доповіді до Конвенції, істотними елементами складу активного підкупу є обіцянка, пропозиція або надання неправомірної вигоди, в прямій або непрякій формі, самій посадовій особі або третій особі.

Ці три дії хабародавця дещо різняться між собою. «Обіцянка», наприклад, стосується ситуацій, коли хабародавець зобов'язується надати неправомірну перевагу згодом (у більшості випадків – коли державна посадова особа вчинить дію, запи-

тувану хабародавцем), або до ситуацій, коли між хабародавцем і хабароодержувачем досягнуто згоди про те, що хабародавець надасть неправомірну перевагу пізніше.

«Пропозиція» може стосуватись ситуацій, коли хабародавець демонструє готовність надати неправомірну перевагу в будь-який момент. Нарешті, «надання» може охоплювати ситуації, коли хабародавець передає неправомірну перевагу. При цьому неправомірну перевагу не обов'язково повинно бути надано самому державній посадовій особі – вона може бути надана і третім особам: родичам, організації, до якої входить службова особа, або політичній партії, членом якої вона є. У разі, коли пропозиція, обіцянка або дар адресовані третій особі, державна посадова особа має, щонайменше, в якийсь момент знати про це. Незалежно від того, надається неправомірна перевагу власне державній посадовій особі чи третій особі, угода може здійснюватись через посередників.

На додаток до цього, стосовно одержання хабара в §§ 41–42 того ж пояснювального доповіді підкреслюється, що «вимаганням» може, наприклад, вважатися односторонній акт, в ході якого державна посадова особа дає іншій особі зрозуміти, прямо або побічно, що за виконання чи невиконання будь-якої посадової дії цього особі доведеться «заплатити». Чи було прохання задоволено, істотним не є – вона сама є основою складу правопорушення. Неважливо також, чи просило публічне посадова

особа неправомірної вигоди для себе чи для когось іншого.

«Отримання» ж може, наприклад, означати фактичне отримання вигоди, будь то самим державною посадовою особою чи кимось іншим (чоловіком, колегою, організацією, політичною партією і т.д.). В останньому випадку державна посадова особа повинна, принаймні, якимось чином взяти цю вигоду [3].

Важливо підкреслити, що пропозиція і надання хабара не вимагають наявності домовленості між хабародавцем і посадовою особою. У Глосарії міжнародних стандартів у галузі кримінального права ОЕСР підкреслюється, що пропозиція і надання не вимагають прийняття державною посадовою особою пропозиції або дарунка і навіть його знання про них або фактичного отримання (наприклад, пропонуване або дароване може бути перехоплено правоохоронними органами до його доставки державній посадовій особі). Подібним же чином вимагання та прийняття не вимагають угоди між сторонами корупційного відносини. Навіть більше, не обов'язково, щоб особа, яка друга сторона намагається залучити до корупційну зв'язок, знало про спробу або отримала відповідну комунікацію (вона може бути, наприклад, перехоплена правоохоронними органами до доставки).

Усі країни, які беруть участь в Стамбульському плані дій по боротьбі з корупцією¹, криміналізували отримання та прийняття хабарів. Вимагання ж в якості окремого пра-

¹ Стамбульський план дій по боротьбі з корупцією – субрегіональна програма взаємної оцінки в рамках ОЕСР, в якій беруть участь Азербайджан, Вірменія, Грузія, Казахстан, Киргизстан, Росія, Таджикистан і Україна. Програма реалізується з 2003 року у межах Мережі по боротьбі з корупцією для Східної Європи та Центральної Азії (ACN).

вопорушення багатьма країнами не формалізоване. Видається, що окремі держави планують заповнити цю прогалину за допомогою складів вимагання та провокації. Водночас такий підхід може виявитися досить проблематичним, оскільки вимагання хабарів не підпадає під склад провокації або вимагання в їх системах правопорушень.

Далі власне про зарубіжні напрацювання в частині кримінально-правової регламентації інституту провокації.

Автор цих рядків уже частково звертався до зарубіжного досвіду в досліджуваній частині у деяких своїх попередніх працях – там здебільшого йшлося про порівняння українського та американського підходів до визначення ознак та меж допустимості провокаційної поведінки з боку представників правоохоронних органів [4; 5, с. 956–971]. Не відкидаючи важливості та теоретико-прикладну значущість подальшого дослідницького занурення в проблематику провокації на рівні двох зазначених держав, водночас свій аналіз почну з висвітлення з європейських підходів, які є для України не менш релевантними.

Взагалі аналіз більшості нормативних актів іноземних держав у сфері правового регулювання досудового розслідування злочинів свідчить про те, що використання прихованих методів здобуття інформації про злочини, осіб, які їх вчинили, давно не вважається таким, що характеризує рівень демократії в країні. Навпаки, зауважує Є. Скулш, прозорість їхньої законодавчої регламентації та здійснення, наявність визначених законом механізмів контролю за провадженням робить

їх ефективним інструментом правоохоронної діяльності демократичної держави. А тому розширення за рахунок можливостей оперативно-розшукової діяльності системи слідчих дій у вітчизняному КПК потрібно вважати, за умови дотримання конституційних гарантій прав особи, прогресивним кроком українського законодавця, спрямованим на посилення правоохоронної функції держави та захисту прав і свобод окремих осіб, інтересів суспільства та держави від протиправних посягань [6, с. 15].

На думку американських дослідників, так звана юридична провокація (провокація з юридичними наслідками) настає за наявності чотирьох умов: 1) агент правоохоронного органу планує конкретний злочин; 2) агент спонукає провоковану особу (або «мішень») вчинити цей злочин; 3) агент арештовує таку особу за вчинення злочину; 4) протилежна умова: якби не дії агента, то «мішень» провокації не вчинила би умовний (на відміну від реального) злочин [7, с. 114–115.].

Як можна побачити з наведених умов, запропонований Б. Стіттом та Дж. Джеймсом підхід до визначення юридичної природи провокації в кримінальному праві збігається з вітчизняним: ідеться про здебільшого «штучну» природу відповідного діяння, про обумовленість протиправної поведінки саме провокаційними діями правоохоронця.

У розвиток такого наукового розуміння провокації англійські автори Д. Хілл, С. МкЛеод та А. Таньї пишуть, що латентність (прихованість) поведінки агента поліції сама по собі не означає заборонену провокацію. Прихованість має місце, коли

агент штучно створив засіб (модель) викриття злочину і приховав цей засіб від «мішені». Далі автори деталізують свою позицію двома прикладами. Наприклад, співробітники поліції приховують свої транспортні засоби від інших водіїв біля шосе, а самі переховуються за деревами з радарми, щоб виявити водіїв, які перевищують швидкість, тобто використовують оперативні тактики прихованості. Оманливі методи діяльності правоохоронців, такі як операції з «приманкою», самі по собі не повинні вважатись провокацією, адже вони не обов'язково відповідають умові спонукання (друга з чотирьох наведених вище умов).

Якщо, наприклад, працівники поліції видадуть себе за фіктивну (неіснуючу) особу як легку «мішень» для шахраїв, сподіваючись, що таким чином вони зможуть спіймати банду місцевих шахраїв, які вишукують довірливих громадян, однак при цьому не робитимуть нічого активного, щоб скеровувати (контролювати) поведінку шахраїв на виявлення та ошукування легковажної «мішені», то в такому разі правоохоронці беруть участь у так званій операції з приманкою (уособлює законну поведінку), а не в забороненій провокації [8, с. 546]. Наведена гіпотетична ситуація та її обґрунтування відповідають загальноєвропейським підходам до юридичної оцінки провокаційних практик.

Натомість інший американський автор, Дж. Дворкін, визначає провокацію (правоохоронну пастку) на підставі п'яти пов'язаних між собою критеріїв: 1) агент правоохоронного органу використовує обман; 2) з метою спонукання іншої особи вчинити злочин; 3) в умовах, за яких

агент може спостерігати (контролювати) за процесом вчинення злочину. Учений далі вдається до двох додаткових критеріїв як ознак незаконної правоохоронної «пастки»: 4) агент забезпечує вчинення злочину іншою особою (шляхом умовляння, переконання або спонукання); 5) протилежна умова: «мішень» провокації не вчинила би конкретний злочин, якби агент не «створив» його своїми діями [9, с. 17-21].

Певним чином удосконалюючи аналіз провокації злочину через призму елементів провокаційної поведінки, згадані вище Д. Хілл, С. МкЛеод та А. Таньї пропонують таку модель незаконної провокації: 1) правоохоронець планує (очікує), що «мішень» вчинить протиправне діяння; 2) сплановане діяння має злочинний характер; 3) агент безпосередньо забезпечує вчинення протиправного діяння (шляхом умовляння, переконання або підбурювання); 4) агент передбачає, що спровоковану поведінку буде інкриміновано конкретній особі шляхом зібраних доказів або за допомогою показів свідків; 5) під час «створення» моделі протиправної спровокованої поведінки правоохоронець прагне досягти результату у вигляді подальшого притягнення «мішені» до кримінальної відповідальності.

Показово, що запропонований п'яти-елементний аналіз характеризує виключно так звану правову (юридичну) провокацію (англ. – legal entrapment), тобто такий різновид провокації, що пов'язаний із вчиненням кримінально караного діяння і буде мати юридичні наслідки для провокатора (наприклад, недопустимість отриманих унаслідок провокації доказів). Натомість у так званій

цивільній (або загальній) провокації, додають автори дослідження, сплановане діяння (другий елемент) має значно ширший характер і наслідки – злочинний, аморальний, збентежуючий або соціально неприйнятний характер (частково визначається тим, наскільки «мішень» прагне приховати вчинок від викриття колегам, роботодавцю, друзям, родині або громадськості) [8, с. 550, 551].

Один із успішних кейсів «легальної» провокації злочину знаходимо саме в американській правоохоронній практиці. Так, у м. Сан-Франциско викрадення мобільних телефонів складає приблизно половину вуличних крадіжок. Реагуючи на цю масштабну проблему, місцеві правоохоронні органи розробили дієвий оперативний захід: поліцейські в цивільному підходять до перехожих і пропонують їм дешево купити мобільний телефон, приміром «iPhone», попереджаючи при цьому, що він викрадений. Якщо особа погоджується і дістає гроші, її одразу затримують. Як наслідок, тепер люди побоюються купувати смартфони з рук і, відповідно, у злочинців стало значно менше можливостей для їх продажу [10].

Тут варто зазначити про те, що у США та Канаді усталеною практикою в оперативній діяльності поліції є так звані добросовісні виявлення ознак протиправної поведінки (англ. – *bona fide inquiries*), коли офіцерам поліції стає відомо про підвищену злочинну активність у певному районі або навіть вулиці міста. Наприклад, якщо в певному районі зафіксовано підвищену кримінальну активність, офіцерам поліції дозволяється представити громадянам «можливість» вчинити злочин.

У таких ситуаціях американські та канадські суди не вбачають ознак провокації (рандомної (вибіркової) перевірки добросовісності): ідеться про легітимну оперативно-профілактичну роботу правоохоронців. Коментуючи такі практики, екс-голова Верховного Суду Канади А. Ламер, зазначив: коли відповідна кримінальна локація (район) визначена досить точно, поліція має право надати будь-якій особі можливість вчинити конкретний злочин. Така вибірковість дозволяється з позицій добросовісного виявлення ознак протиправної поведінки [11].

Відповідно до правових позицій ВС США, не повинні визнаватись провокацією випадки, за яких особам, що мали намір вчинити злочин, може бути надана можливість здійснити свій протиправний задум. Зокрема, провокацією вважаються лише такі дії інформатора (певної приватної особи), що спрямовані на спонукання людини, яка не мала злочинного наміру, вчинити злочин. Тим самим інформатор дає поліції можливість розпочати кримінальне переслідування цієї людини. Точніше, діючи опосередковано, через інформатора, поліція сама надає собі таку можливість. Водночас на практиці, зауважує О. Альошина вирішити питання про те, чи виходив злочинний намір від поліції, від інформатора або від самого обвинувачуваного, безумовно, дуже важко, якщо взагалі таке можливо. Безплідність спроб з'ясувати дану обставину в майбутньому, наприклад, у ході судового розгляду, також очевидна внаслідок того, що: а) обвинувачуваний вчиняє злочин, напевне, добровільно; б) інформатор є приватною особою і здійснена за його допомогою полі-

цейська провокація не породжує для співробітників поліції негативних правових наслідків; в) показання сторін при розгляді таких питань, як правило, діаметрально протилежні [12, с. 34–35].

Декілька слів про релевантний досвід ФРН у частині реагування на провокацію кримінальних правопорушень. Звернення до цього досвіду буде тим більш корисним, якщо взяти до уваги той величезний (і заслужений) авторитет, що німецьке кримінальне право має серед фахівців-криміналістів з усієї Європи. За словами німецького криміналіста К. Людерсена, оберігати осіб, схильних до кримінальних злочинів, від остаточного падіння – це зловживання, яке є несумісним з повагою людської гідності та суперечить соціальним задачам держави [13, с. 220].

Наразі німецький кримінальний закон не визначає, які прояви поведінки утворюють провокацію, і тим більше не орієнтує правозастосувача на межі правомірності/неправомірності провокації. Відповідно, певні орієнтири щодо умов правомірності провокації закріплені в окремих приписах кримінально-процесуального законодавства ФРН. Так, ст. ст. 110а, 110b та 110с німецького Кримінально-процесуального кодексу (нім. – *Strafprozeßordnung*) регламентують процесуальний статус та повноваження поліцейських агентів під прикриттям під час розслідування окремих категорій злочинів. Хоча корупційні правопорушення безпосередньо не згадані у відповідному переліку діянь, водночас вони можуть охоплюватися поняттям злочину, що вчинюється на комерційній чи регулярній (повторній) основі (ст. 110а(1)) [14].

У загальних рисах під провокацією у ФРН розуміється не схилення законотворчого громадянина до вчинення злочину, а прагнення змусити особу, яка вже готується до вчинення злочину, діяти в не вигідних для себе умовах і тим самим полегшити завдання затримання та викриття правопорушника. Німецькі юристи виходять із того, що за вчинення провокаційних дій агент не підлягає покаранню, адже він спрямовує свої зусилля не на кінцевий результат злочину, а лише на спробу його вчинити іншою особою та з метою запобігання більш небезпечним наслідкам.

Отже, варто зафіксувати тезу про те, що сучасне німецьке кримінальне право виходить із законності методу провокації. Такий підхід обумовлений, на думку німецьких правників, передусім змістом ст. 20(3) Основного закону ФРН, в якій зафіксовано принцип верховенства права (нім. – *Rechtsstaatsprinzip*) в державі, який, своєю чергою, вимагає ефективного кримінального переслідування уповноваженими органами однак із суворим додержанням конституційних засад кримінального процесу.

Цікаво, що Федеральний Верховний Суд (далі – ФВС) визнав провокацію можливим порушенням ст. 6 Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ), яка закріплює право на справедливий суд, однак при цьому виступив проти тотальної заборони провокаційної діяльності в правоохоронній практиці.

Німецькі коментатори пишуть про те, що практика ЄСПЛ виступила каталізатором зміни підходів касаційного суду в частині тлумачення ознак і меж провокаційної поведінки.

Зокрема суди ФРН відтепер також розрізняють допустимі і недопустимі прояви провокації, що, відповідно, мають різні юридичні наслідки. Так, відповідно до правових позицій ФВС провокація дозволяється, якщо обвинувачений раніше притягувався до відповідальності (або принаймні підозрювався) за протиправні діяння, схожі на те, щодо вчинення якого застосовується провокація. Своєю чергою, Федеральний конституційний суд ФРН (нім. – Bundesverfassungsgericht) проводить межу між допустимою та недопустимою провокацією шляхом визначення оптимального для правової держави балансу між правом особи на справедливий суд (ст. 6 ЄКПЛ) та публічним (суспільним) інтересом в частині забезпечення ефективного розслідування та покарання злочинів [15, с. 498].

Допустимими, тобто не розбіжними з нормами правової держави, провокаціями злочину вважаються ті, які прагнуть викрити вже підозрюваних у вчиненні злочину осіб, тобто коли є обґрунтовані припущення, що злочинець і без провокації вчинить протиправну дію; мета провокації в такому випадку полягає лише в направленні перебігу злочину у вигідне для виявлення доказів русло. При цьому сучасна судова практика ФВС розцінює навіть допустиму провокацію як пом'якшувальну обставину, яка повинна відображатися на реальному пом'якшенні покарання (на підставі, що спровокований злочин представляє лише незначну небезпеку, оскільки відбувається під контролем поліції). Неприпустимою, тобто такою, що переступає принципи правової держави, визнається провокація, коли особа приймає рішення вчинити зло-

чин виключно під впливом (за результатами) такої провокації.

У той час як Федеральний Конституційний Суд при такій провокації вважає за можливе (хоча і у виняткових випадках) припинення судового розгляду, «беручи до уваги гідність людини і принципи правової держави». ФВС, який безпосередньо впливає на судову практику у кримінальних справах, останнім часом дотримується позиції про те, що така провокація повинна в кожному конкретному випадку розглядатись лише як «вагома, така, що не залежить від вини, підстава для визначення розміру покарання», що за певних передумов (наприклад, при особливо сильному впливі агента-провокатора на виконавця злочину і водночас при незначній тяжкості злочину) може навіть призвести до припинення судового розгляду у зв'язку з малозначністю злочину (§ 153 КПК) [16, с. 14].

Допустимою провокацією злочину за кримінальним законодавством ФРН визнається така, яка ставить перед собою завдання викрити підозрювану у вчиненні злочину особу, який вона вчинила би власне і без провокації. У цьому випадку мета провокації полягає у створенні таких умов вчинення злочину, в яких стає можливим його документування та збирання необхідних доказів. Натомість неприпустимою визнається така провокація, під впливом якої особа приймає рішення про вчинення злочину.

Показово, що у ФРН як «провокатори» можуть використовуватися довірені особи. Для порівняння, в американській практиці правозастосування таких осіб іменують інформаторами.

Зазвичай перед такими агентами поліція ставить за мету досягнення певних завдань, до яких можна, наприклад, віднести: перевірку обґрунтованості підозри у відношенні особи, яка здійснює готування до вчинення злочину або вже вчиняє такий злочин; оцінку ступеня небезпеки особи для суспільства, а також його готовності до вчинення злочинів; пошук форм цілеспрямованого керування поведінкою особи з метою її викриття.

Відповідно до позиції ФВС ФРН, поняття довіреної особи охоплює не лише людину, яка одержує інформацію, що цікавить поліцію, від третіх осіб завдяки своїй професії, наприклад, водія таксі, власника пивного бару, готелю тощо, але й людину, яка одержує інформацію завдяки тому, що вона належить чи належала до злочинного середовища або проникла до нього з метою отримати чи передати свідчення, необхідні поліції, безоплатно або за винагороду. Також органи кримінального переслідування надають гарантії довірчій особі щодо збереження таємниці її діяльності. Поліція не розголошує імені інформатора, довіреної особи, проте вона використовує повідомлені ними факти в процесі розслідування злочину.

Насамкінець і з метою доречної ілюстрації тієї обставини, що кожна держава намагається винайти свій власний, національний підхід до

юридичної оцінки правоохоронної провокації, наведу декілька слів про спроби «легалізувати» провокацію в Чехії. Так, колишній верховний прокурор Республіки Чехія Марія Бенешова свого часу пропонувала один із найдавніших способів боротьби з корупцією – провокацію. За логікою екс-керівниці правоохоронного органу все було дуже просто: до чиновника приходить агент, пропонує хабар за певну службу, чиновник його приймає, після чого його затримують на місці злочину. Наразі така прокурорська ініціатива так і не була реалізована на практиці [17].

Висновки. У межах статті було висвітлено декілька спільних для більшості європейських держав характеристик провокації взагалі і провокації корупційного кримінального правопорушення зокрема, а також більш детально опрацьовано відповідний досвід нормотворення, доктринального обґрунтування та правозастосування в царині протидії провокаційним практикам в окремих європейських державах. При цьому варто визнати частку фрагментарності запропонованого компаративістського аналізу, адже було вивчено окремі кримінально-правові положення лише деяких держав. Ця обставина, відповідно, зобов'язує повернутися до цього актуального і до того ж, міжгалузевого за своєю юридичною природою, питання в подальших наукових проєктах.

Список використаних джерел

1. Каменський Д. В. Методологічні особливості порівняльних кримінально-правових досліджень: здобутки української та американської доктрини. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2020. № 44. С. 108–112. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2020.44.23>

2. Погорецький М. А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності. *Вісник кримінального судочинства: науково-практичний журнал*. 2016. № 1. С. 33–43.
3. Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption. Strasbourg, January 1, 1999. *European Treaty Series* – No. 173. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cse44> (дата звернення: 02.12.2021).
4. Каменський Д.В. Agent provocateur: провокація злочину чи законна правоохоронна діяльність? *Правові горизонти*. 2018. № 11. С. 60–67. DOI: <http://www.doi.org/10.21272/legalhorizons.2018.i11.p54>
5. Каменський Д.В. Відповідальність за економічні злочини у Сполучених Штатах Америки та Україні: порівняльно-правове дослідження : монографія / передне слово д-ра юрид. наук, проф. О.О. Дудорова. Київ: ВД «Дакор», 2020. 1128 с.
6. Скуліш Є. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2012. № 2. С. 15–23.
7. Stitt B., James G. Entrapment and the Entrapment Defense: Dilemmas for a Democratic Society. *Law and Philosophy*. 1984. № 3(1). P. 111–132.
8. Hill D.J., McLeod, S.K., Tanyi, A. The Concept of Entrapment. *Criminal Law, Philosophy*. 2018. № 12. P. 539–554.
9. Dworkin G. The Serpent Beguiled me and I did Eat: Entrapment and the Creation of Crime. *Law and Philosophy*. 1985. № 4(1). P. 17–39.
10. Кирей Р. Украти телефон. *Урядовий кур'єр*. 24 березня 2018 р. № 57. С. 3.
11. Zaia M. Forecasting Crime? Algorithmic Prediction and the Doctrine of Police Entrapment. *Canadian Journal of Law and Technology*. 2020. № 18. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3644458 (дата звернення: 02.12.2021).
12. Альошина О. І. Провокація (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук. Харків: 2007. 204 с.
13. Адашкевич Ю. Н. Организованная преступность-2 / Под ред. А. И. Долговой, С. В. Дьякова. Москва: Криминолог. Ассоциация, 1993. 320 с.
14. German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO). URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html (дата звернення: 02.12.2021).
15. Görlitz F., Hubert J., Kucher J., Scheffer M., Wieser P. “Tatprovokation” – The Legal Issue of Entrapment in Germany and Possible Solutions. *German Law Journal*. 2019. № 4 (20). P. 496–509.
16. Додонов В.Н. Провокация преступления с позиций современного уголовного права. *Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ*. 2008. № 3. С. 13–16.
17. Каймаков А. Провокация как способ борьбы с коррупцией. *Radio Prague International*. URL: <https://ruski.radio.cz/provakaciya-kak-sposob-borby-s-korruptsiei-8060160> (дата звернення: 02.12.2021).

References

- Kamenskyi, D. (2020). Metodolohichni osoblyvosti porivnialnykh kryminalno-pravovykh doslidzhen: zdotuky ukrainskoi ta amerykanskoj doktryny. *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu*, 44, 108-112. <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2020.44.23>
- Pohoretskyi, M. (2016). Zastosuvannia provokatsii v khodi nehlasnykh rozsliduvan: pytannia pravomirnosti. *Visnyk kryminalnoho sudochynstva: naukovopraktychnyi zhurnal*, 1, 33-43.

Kamenskyi, D. (2018). Agent provocateur: provokatsiia zlochynu chy zakonna pravookhoronna diialnist? *Pravovi horyzonty*, 11, 60-67. <http://www.doi.org/10.21272/legalhorizons.2018.i11.p54>

Kamenskyi, D. (2020). *Vidpovidalnist za ekonomichni zlochyny u Spoluchenykh Shtatakh Ameryky ta Ukraini: porivnialno-pravove doslidzhennia*. / perednie slovo d-ra yuryd. nauk, prof. O.O. Dudorova. Kyiv: VD «Dakor».

Skulish, Ye. (2012). Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii za kryminalno-protsesualnym zakonodavstvom Ukrainy. *Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy*, 2, 15-23.

Kyrei, R. (2018). Ukraly telefon. *Uriadovi kur'ier*, 57, 3.

Aloshyna, O. (2007). *Provokatsiia (kryminalno-pravove doslidzhennia)*: dys. ... kand. yuryd. nauk. Kharkiv.

Adashkevych Yu. (1993). *Orhanyzovannaia prestupnost-2* / Pod red. A.Y. Dolhovi, S. V. Diakova. Moskva: Krymynoloh. Assotsyatsiya.

Dodonov, V. N. (2008). Provokatsiia prestupleniya s pozytsyi sovremennoho uholovnoho prava. *Vestnyk Akademyy Heneralnoi prokuraturi RF*, 3, 13-16.

Kaimakov, A. (2002). Provokatsiia kak sposob bor'by s korrupciej. *Radio Prague International*. URL: <https://ruski.radio.cz/provokatsiia-kak-sposob-borby-s-korrupciej-8060160> (access date: 02.12.2021).

D. Kamensky, Doctor of Law, Professor, Head of the Law Department, Berdiansk State Pedagogical University
ORCID: 0000-0002-3610-2514

Provocation of criminal offense: comparative legal aspect

Within the scientific article the author makes an attempt to analyze, from the standpoint of legal comparative studies, the issue of provocation of a criminal offense, based on relevant legislative and law enforcement sources in Ukraine and some other countries.

Based on the active appeal to the previous legislative work and the development of relevant foreign experience, some prospects for improving the intersectoral institution of provocation are predicted. Relevant historical and international aspects of the issue are covered, the positions of American and European authors on determining the signs and limits of the permissibility of provocation are considered.

Based on the legal positions elaborated by the U.S. Supreme Court, cases in which persons who intended to commit a crime may be given the opportunity to carry out their illegal plan should not be considered as provocation based. In particular, only such actions of an informant (of a certain private person) aimed at inciting a person, who did not have a criminal intent to commit a crime, are considered provocative. Thus, the informant provides police with the opportunity to prosecute a person.

Analysis of most foreign regulations in the field of legal regulation of pre-trial investigation of crimes has revealed that the use of covert methods of obtaining information about crimes, perpetrators, has long been considered to characterize the level of democracy in the country. On the contrary, the transparency of their legislative regulation and implementation, the existence of statutory mechanisms of

control over the proceedings makes them an effective tool for law enforcement activities of a democratic state.

It has been also demonstrated that each state is trying to establish its own, original approach to the legal assessment of law enforcement provocation.

Keywords: *provocation of a criminal offense; comparative legal research; foreign legislation; law enforcement agency; informant.*