

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
СУМСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
НАВЧАЛЬНО-НАУКОВИЙ ІНСТИТУТ ПРАВА

Правові горизонти



Legal horizons

ВИПУСК 11 (24)

Суми – 2018

SECTION 5
CRIMINAL PROCESS AND CRIMINALISTICS;
JUDICIAL EXPERTISE; OPERATIONAL-SOURCING ACTIVITY

СЕКЦІЯ 5
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА
ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

DOI: <http://www.doi.org/10.21272/legalhorizons.2018.i11.p54>

AGENT PROVOCATEUR²: ПРОВОКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ ЧИ ЗАКОННА
ПРАВООХОРОННА ДІЯЛЬНІСТЬ?



Каменський Дмитро Васильович
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри правознавства,
Бердянський державний педагогічний університет

У статті розглянуто український та американський досвід кримінально-правової регламентації правила про провокацію злочину. На підставі вивчення історичних витоків розвитку вчення про провокацію злочину та ознайомлення з релевантною судовою практикою виокремлені специфічні ознаки цього виду звільнення від кримінальної відповідальності.

Установлено, що в американській судовій практиці та доктрині згадується така підстава захисту від кримінального переслідування як «пастка» (англ. – entrapment), іншими словами – провокація злочину з боку працівників правоохоронних органів. Питання про наявність правоохоронної пастки виникає в тих випадках, коли федеральні правоохоронні органи використовують своїх співробітників для завуальованого впливу на особу з метою спонукати її вчинити злочин.

Зроблено висновок про те, що, незважаючи на власну специфіку розвитку вчення про провокацію злочину, яка простежується в Україні та США, ці підходи є багато в чому схожими – вони орієнтують національного правозастосувача на встановлення та дотримання певної межі, яка відрізняє дозволені кримінальним і кримінальним процесуальним законодавством правоохоронні заходи від заборонених законом провокацій злочинної поведінки громадян з боку правоохоронців.

Ключові слова: провокація злочину, правоохоронні органи, розслідування злочину, судова практика, кримінальний закон.

Kamensky D.V. Agent Provocateur: Provocation of Crime or Lawful Activity by Law Enforcement Agents? The article deals with the Ukrainian and American experience of criminal law regulation of the rule of crime provocation. On the basis of studying the historical origins of the development of the doctrine of provocation of crime and familiarization with relevant judicial practice, the specific features of this type of release from criminal responsibility are singled out.

² У перекладі з французької – «підбурюючий агент», тобто особа, яка використовується співробітниками правоохоронних органів із метою спонукати іншого вчинити злочину. Такий агент може бути поліцейським чи таємним агентом поліції, який намагається зібрати інкримінуючі докази проти іншої особи [Agent Provocateur Law and Legal Definition [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://definitions.uslegal.com/a/agent-provocateur/>].

It is established that American legal practice and doctrine mention such a basis for protection against criminal prosecution as “entrapment”, in other words, a provocation of crime by law enforcement officers. The issue of the existence of a law enforcement trap arises in cases where federal law enforcement agencies use their employees for a veiled influence on a person in order to induce him to commit a crime.

It is concluded that, despite the specifics of the development of the doctrine of provocation of a crime that is traced in Ukraine and the United States, these approaches are largely similar: they guide the national law-enforcement officer to establish and adhere to a certain limit that distinguishes between law enforcement measures that are authorized by criminal and criminal procedural law, from provocations of criminal behavior of citizens by law enforcement officers, which is prohibited by law.

Key words: crime provocation, law enforcement agencies, crime investigation, judicial practice, criminal law.

Постановка проблеми. Загальновизнаним є конституційний постулат, відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 62 Конституції України). Наступні рядки будуть присвячені науковому з'ясуванню того, чи зберігається законний порядок у разі реалізації правоохоронними органами спеціальної операції з розслідування злочину у прихований спосіб з метою його подальшого викриття.

У травні 2018 р. Центр Разумкова спільно з фондом «Демократичні ініціативи» провів соціологічне опитування українців на предмет того, чи підтримують вони провокацію у виді пропозиції чиновникам неправомірної вигоди від спеціальних агентів. Більшість респондентів (53%) зазначили, що підтримують таку провокацію як метод боротьби з корупцією. Проти такого заходу висловились 27% опитаних, а 20% респондентів не змогли визначитись із відповіддю. Показово, що отримані результати майже не відрізняються від результатів аналогічного за змістом опитування, яке проводилось у грудні 2017 р. [1, с. 5].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням заявленої в назві статті кримінально-правової проблематики були присвячені статті вітчизняних авторів О.І. Альошиної, К.Ю. Алданової, Ю.В. Гродецького, П.О. Загодіренка, А.В. Савченка, С.О. Шульгіна, а також їх американських колег, зокрема, Вільяма Бернхема, Джошуа Дресслера, Пола Робінсона, Ребекки Ройфе.

Цілі і завдання. У запропонованій науковій статті буде у порівняльному загально-оглядовому режимі розглянуто український та американський підходи до нормативної регламентації та практичного застосування положень кримінального права стосовно провокації злочинів. Таке бінарне порівняння видається тим більш актуальним на фоні відносно недавньої історії (та

пов'язаного з нею скандалу) стосовно колишньої першої заступниці Державної міграційної служби України (далі – ДМСУ) Діни Пімахової та деяких інших високопосадовців цього відомства.

Виклад основного матеріалу. За інформацією Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ) у квітні 2017 р. у межах оперативно-розшукової діяльності НАБУ розпочало спецоперацію з проникнення детектива бюро до організованого злочинного угруповання у складі чинних та колишніх посадовців ДМСУ. Згідно з оперативними даними, ці особи, діючи у змові, вимагали та отримували грошові кошти за надання іноземцям громадянства України, посвідок на тимчасове проживання на території України, а також за винагороду пришвидшували виготовлення біометричних паспортів для громадян України. Розгалуженість мережі учасників злочинної організації вимагала підвищеної законспірованості. Тому, відповідно до ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та ст. 272 КПК України, детективу бюро було доручено виконання спеціального завдання під прикриттям з метою проникнення до складу цієї організованої групи.

Пізніше, під час передачі 15 тис. дол. неправомірної вигоди за отримання посвідки про тимчасове проживання іноземця на території України, детектив НАБУ, який працював під прикриттям, був затриманий працівниками Служби безпеки України. Таким чином, було припинено спецоперацію НАБУ та Спеціалізованої антикорупційної прокуратури з викриття корупційної схеми в ДМСУ [2].

Агенту НАБУ під прикриттям слідчими Генеральної прокуратури України (далі – ГПУ) було висунуто обвинувачення в провокації підкупу (ст. 370 КК). Тобто виникла відверто контраверсійна кримінально-правова ситуація, коли один правоохоронний орган (НАБУ) вважає діяльність свого агента під прикриттям із метою викриття корупційної схеми цілком законною, а

інший (ГПУ) кваліфікує цю операцію як злочинну провокацію підкупу.

Саме ця контраверсійність та значний суспільний резонанс, викликаний «справою Пімахової», спонукала автора цих рядків спробувати здійснити порівняльне кримінально-правове дослідження правової природи та юридичних наслідків провокації злочину за кримінальним законодавством України та США. Тим більше, що вітчизняні експерти та й саме НАБУ визнають, що у цій та деяких інших резонансних справах про викриття топ-корупціонерів спостерігається «американський слід».

Слід зазначити, що відповідно до сформованої Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) позиції наявність державного інтересу не можна використовувати для обґрунтування використання доказів, отриманих у результаті поліцейської провокації, оскільки застосування таких доказів створює для обвинуваченого ризик бути позбавленим справедливого судового розгляду із самого початку; національне законодавство не повинно дозволяти використання доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку державних агентів. В іншому випадку таке законодавство не відповідає принципу «справедливого судочинства» (Рішення ЄСПЛ у справах «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 року, «Худобін проти Російської Федерації» від 26 жовтня 2006 року, «Ваньян проти Російської Федерації» від 15 грудня 2005 року, «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 року). Європейським судом встановлено, що, тоді як застосування спеціальних методів розслідування, зокрема негласних, не може саме по собі порушувати право на справедливий судовий розгляд, небезпека поліцейської провокації в результаті таких заходів передбачає, що їх застосування повинно бути обмежене зрозумілими рамками (рішення ЄСПЛ від 5 лютого 2008 року у справі «Раманаускас проти Литви») [3].

Ретельного наукового опрацювання потребує вихідне поняття «провокація злочину». Серед різних доктринальних варіантів його тлумачення вдалим видається комплексний авторський підхід С.О. Шультіна, який під провокацією (підбурюванням) особи на вчинення злочину з боку правоохоронних органів пропонує розуміти активні дії службової особи правоохоронного органу або іншої особи, яка була залучена до проведення оперативно-розшукового заходу або негласної слідчої (розшукової) дії, яка, не обмежуючись своїми правомірними діями під час досудового розслідування кримінального провадження, користуючись тим, що особа, яку

провокують (підбурюють) на вчинення цього злочину, не знає про проведення щодо неї відповідних передбачених законом заходів, впливає на неї таким чином, щоб спонукати таку особу вчинити кримінальне правопорушення, яке в іншому випадку не було би вчинене, не маючи іншої мети, окрім як подальше викриття особи, створення доказів її винуватості та притягнення до кримінальної відповідальності [4, с. 100]. У запропонованому визначенні чітко простежується «раціональне зерно» правила про провокацію злочину: із самого початку особа не має намір вчинити злочин, однак правоохоронці «заходять» занадто далеко для того, щоб *de facto* «спонукати» таку особу стати на злочинний шлях із метою її наступного викриття й притягнення до кримінальної відповідальності.

П.О. Загодіренко звертає увагу на необхідність правильного відмежування провокації злочину від підбурювання до злочину. Відмінності, на думку цього автора, полягають у такому: по-перше, юридична природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною. Зокрема, для підбурювання властивим є двосторонній суб'єктивний зв'язок між особами, тоді як при провокації такий зв'язок може бути відсутній: провокатор може діяти таємно, шляхом прихованого створення умов і обставин, які обумовлюватимуть подальше викриття особи, яку провокують. По-друге, для провокації обов'язковою суб'єктивною ознакою є спеціальна мета – викриття особи, яку спровокували на вчинення злочину. Натомість така мета відсутня у випадку підбурювання до вчинення злочину [5, с. 159].

Наступні рядки будуть присвячені загальному огляду уже американського досвіду із запропонованої кримінально-правової проблематики. Як влучно висловився Верховний Суд США (далі – ВС США), існує певна межа між легковажним (безтурботним) невинним, який потрапив у незаконну поліцейську «пастку», та необачним злочинцем, який на момент розставлення такої «пастки» уже перебував у злочинному стані [6].

Наразі комплексна кримінально-правова характеристика підстав захисту від кримінального переслідування (англ. – «defenses to crime», далі – підстави захисту) або, якщо писати мовою вітчизняного кримінального права (звичайно, із певною долею умовності в досліджуваному контексті), обставин, що виключають злочинність діяння, свого часу була запропонована відомим американським криміналістом Полом Робінсоном. Вчений небезпідставно пише, що, на відміну багатьох інших теоретико-прикладних аспектів

кримінального права, положення про підстави захисту тривалий час не ставали предметом всебічного концептуального аналізу, назважаючи на те, що ці положення відрізняються стабільністю і «збереглися» у своєму майже незмінному змістовному вигляді ще з XVIII ст. При всьому цьому, констатує Робінсон, сучасні наукові дебати і практичні аргументи обертаються навколо питань про застосування конкретного виду захисту за конкретних фактичних обставин, при цьому не пропонуючи системну картину побудови всього комплексу підстав захисту за загальним і статутним кримінальним правом.

На підставі авторського аналізу положень федерального КК США вітчизняний криміналіст А.В. Савченко констатує відсутність будь-якої структурної частини в кодексі, яка б розкривала визначення поняття юридичних захистів від кримінального переслідування («defenses») чи перераховувала би їх конкретні види. Опрацювавши відповідні положення законодавства і доктрини, автор пропонує перелік таких захистів, серед яких: необхідна оборона, цивільний арешт, крайня необхідність, помилка, провокація злочину, згода потерпілого на заподіяння шкоди, здійснення свого дійсного чи припустимого права, а також обізнаність з інформацією кримінально-правового характеру з наступним її повідомленням компетентним органам з метою отримання винагороди [7, с. 287].

В американському кримінальному праві в якості умовного аналогу поняття «провокація злочину» використовується поняття «пастка» (англ. – entrapment). Питання про наявність пастки з усією актуальністю постає в тих випадках, коли федеральні правоохоронні органи використовують своїх співробітників для впливу на особу з метою спонукати її вчинити злочин. Сьогодні агенти правоохоронних відомств, видаючи себе за представників злочинного світу, виконують різноманітні оперативні завдання з виявлення та розслідування широкого кола протиправних діянь, починаючи з проституції і завершуючи терористичними актами. У контексті розслідування федеральних злочинів та порушень кримінального законодавства штатів питання про створення правоохоронних «пасток» найчастіше виникають під час розслідування корупційних злочинів, злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних засобів, зброї, порнографічних матеріалів, інсайдерських шахрайств на фондовому ринку, а також легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом.

Широко цитоване в США довідкове видання – юридичний словник Блека, визначає «пастку» як: 1) спонукання особи з боку офіцера правоохоронного

органу або державного агента вчинити злочин шляхом обману чи недозволеного переконання з метою подальшого притягнення такої особи до кримінальної відповідальності; 2) відповідна обставина, що виключає злочинність діяння [8, с. 650].

Часи, як відомо, змінюються, а разом із ними й канони судового та доктринального тлумачення. Американська дослідниця Ребекка Ройфе докладно висвітлила історичні передумови та генезу розвитку судової практики і кримінально-правової доктрини США навколо питання про межі допустимості провокації злочину. Вона аргументовано обстоює точку зору про те, що поштовхом для розвитку доктрини провокації злочину стали події після Цивільної війни, коли федеральний уряд та уряди штатів почали бурхливо розвиватись (збільшуватись), зміцнювалась бюрократія, а разом з ними і правоохоронний блок державного управління. За відсутності судових роз'яснень усталені конституційні канони про захист особистих прав, приватної власності, житла, про право на самооборону уже не могли адресувати дедалі більш складні та завуальовані втручання в приватне життя з боку держави та її представників. Відповідно, на фоні дедалі більш складного суспільного устрою та зростаючого бюрократизму державної влади виникла потреба у встановленні чітких меж між законним розслідуванням та попередженням злочинів, із одного боку, та захистом особистих прав і свобод людини і громадянина, із іншого. Автор підкреслює, що свого правозастосовного «розквіту» доктрина провокації злочину зазнала у період дії так званого «сухого закону» (1920–1933 рр.), коли поліцейські та федеральні агенти не гребували «провокаційними засобами» для виявлення (чи фактичного «створення») злочинців, винних в обігу заборонених алкогольних напоїв [9, с. 259, 269].

Як обґрунтовано зазначив один апеляційний суд ще на початку минулого століття, у той час, коли доктрина провокації злочину тільки-но набувала свого інтерпретаційно-правозастосовного забарвлення, першочерговими обов'язками представників закону і порядку було попередження, а не реагування на уже вчинений злочин. Їхнім обов'язком не було підбурювання чи організація злочину з єдиною метою його подальшого кримінального переслідування: така поведінка визнавалась відверто безсовісною, такою, що суперечить суспільним відносинам і ухваленим законам. Підхід був іншим: не можна карати особу за діяння, яке він ніколи не вчинив би, ані в своїх думках, ані своїми діями, якщо захисники правопорядку не надихнули, не

переконали, не підбурили чи не спокусили би його спробувати вчинити такий злочин [10].

Вдалим авторський аналіз критеріїв для визначення меж дозволеної і, навпаки, забороненої провокації злочину вже на сучасному етапі розвитку американського кримінального права пропонує Вільям Бернхем. По-перше, він визнає, що для викриття злочинців правоохоронні органи застосовують різноманітні негласні методи оперативно-розшукової роботи – від контрольної закупки наркотиків до більш складних операцій, поєднаних із впровадженням агентів у злочинні організації чи навіть створенням фіктивних компаній із усіма атрибутами легального підприємства. Однак у всьому цьому, підкреслює автор, є своя делікатна межа: працівники правоохоронних агентств не повинні занадто «захоплюватись» створенням умов для злочинної діяльності, щоб тим самим не спонукати а рїогї невинних осіб до вчинення злочинів, які вони не стали би самі вчиняти за відсутності активного спонукання з боку правоохоронців. Ця проблема вирішується в межах доктрини про право обвинуваченого захищатися від незаконної провокації з боку працівників правоохоронних органів. Учений далі констатує два основні підходи до визначення провокації злочину в судовій практиці: суб'єктивного та об'єктивного. Обидва критерії передбачають, що ідея (пропозиція) вчинити злочин надходила саме від правоохоронців. При цьому суб'єктивний підхід, яким сьогодні керуються федеральні суди та більшість судів штатів, вимагає, щоб порушник був «схильний» (англ. – *predisposed*) до вчинення інкримінованого йому діяння – був готовий і прагнув вчинити злочин як тільки постане відповідна можливість. Основною небезпекою використання суб'єктивного підходу є те, що він потенційно відкриває широкі можливості для представлення доказів про характер, репутацію та злочинне минуле обвинуваченого. У такому разі увага присяжних, які власне і вирішують питання про наявність чи відсутність провокації злочину, буде прикута до негативних рис особи злочинця, а не до конкретного спровокованого діяння, як того вимагає прецедентна судова практика. Більше того, ВС США визнав, що схильність до вчинення того чи іншого злочину повинна виникнути у особи добровільно, без зайвого примусу і надмірної «уваги» з боку представників правоохоронних органів [11, 12].

За результатами систематизації результатів спеціальної правозастосовної практики американські дослідники виробили типові фактори, які можуть свідчити про схильність особи вчинити «запропонований» йому злочин із

урахуванням суб'єктивного критерію правила про провокацію злочину: чи одразу особа погодилась на пропозицію вчинити злочин; за яких об'єктивних обставин було вчинено кримінально каране порушення; чи брала особа участь у діянні, схожому на запропоноване, під час контакту з правоохоронцями; репутація підсудного; чи уже створила особа попередні умови для вчинення злочину на момент пропозиції правоохоронців; зміст поведінки особи під час спілкування з агентом під прикриттям; чи відмовлялась особа раніше вчиняти дії, подібні до спровокованих зараз; юридичні і фактичні ознаки безпосередньо спровокованого злочину; стан свідомості обвинуваченого на момент отримання пропозиції вчинити протиправне діяння; ступінь активності (наполегливості) в діях працівників правоохоронних відомств у порівнянні з попередньою кримінальною історією особи [13, с. 660].

Справа «*Sorrells v. United States*» (1932 р.) по сьогодні залишається своєрідним «флагманом» у питанні судового тлумачення вчення про провокацію злочинів. Як впливає з фабули цієї кримінальної справи, федеральний агент, у повноваження якого входило попередження та розслідування випадків нелегального обігу алкогольних напоїв (це був період дії Сухого закону в США), умовив обвинуваченого Соррелса продати йому половину галона алкогольного напою. При цьому обвинувачений відхилив принаймні дві попередні пропозиції агента про продаж алкогольного напою. Нарешті, після того, як федеральний агент апелював до ностальгічних спогадів Соррелса про службу в одному військовому підрозділі під час Першої світової війни, останній піддався на умовляння та продав заборонену речовину.

ВС США зазначив, що зібрані у цій кримінальній справі докази з усією очевидністю вказують на ту обставину, що злочин, за який підсудного було притягнуто до кримінальної відповідальності, було спровоковано спеціальним агентом. Більше того, злочин було по суті свідомо і контрольовано «створено» цим агентом, у той час як Соррелс із самого початку не ставив на меті порушити кримінальний закон, а навпаки, характеризувався виключно як працьовитий, законослухняний громадянин. Таким чином, резюмував Суд свій аналіз фактичної сторони розглядуваного діяння, агент *de facto* «заманив» підсудного, насправді невинну особу, у процес виконання злочину, який той із самого початку не мав ніякого бажання вчиняти. Таке заманювання стало успішним через неодноразове, настирливе умовляння з елементами звернення до

ностальгічних почуттів Соррелса, пов'язаних із спільною службою в армії.

Прецедентне правило про тлумачення меж провокації злочину, вироблене ВС США у цій справі та актуальне понині, полягало в такому: у випадках, коли злочинний намір виникає не безпосередньо в свідомості обвинуваченого, а штучно «поміщується» в свідомість представниками державних органів, і при цьому він погоджується на вчинення злочину внаслідок умовляння, обману або спонукання, то в такому разі державі як стороні обвинувачення забороняється, із міркувань справедливої суспільної політики, здійснювати кримінальне переслідування. Суд підсилив власну аргументацію шляхом узагальненого посилення на зміст кримінально-правових заборон, які, за задумом федерального законодавця, не дозволяють правоохоронцям «фабрикувати» той чи інший злочин шляхом умовляння чи заохочення будь-якої особи вчинити його. Протилежний висновок, на переконання Суду, суперечитиме як духу, так і меті кримінального закону [14]. Як бачимо, з позицій тлумачення положень американського кримінального закону в режимі *de lege lata* ВС США фактично відкинув можливість провокації протиправної поведінки з боку держави в особі її уповноважених представників, одночасно визнавши право на таку провокацію (читай – підбурювання) за іншими приватними особами.

Незважаючи на інтегровану об'єктивність, справедливість і навіть певну революційність, принаймні для того часу, висловленого ВС США підходу, наукові коментатори та судді, які аналізували та, відповідно, застосовували це правило протягом наступних десятиріч, висловлювали справедливу критику на адресу його окремих змістовних частин. На це є причини, особливо з огляду на майже непомітну межу між дозволеним і недозволеним для поліцейських провокаторів, про що зі всією очевидністю симптоматизують деякі «складні» кримінальні справи сучасності, пов'язані з тривалою, багатоепізодною поведінкою особи, а також поєднані з використанням сучасних інформаційних, виробничих, транспортних та інших технологій.

Таким чином, наведене рішення ВС США започтакувало офіційне, на рівні новоствореного прецедентного правила, визнання суб'єктивного критерію провокації злочину, а саме – ключове значення для кримінально-правової оцінки спровокованого злочину має стан свідомості обвинуваченого – чи він самостійно, без зовнішнього впливу, прагнув порушити кримінальний закон, чи, навпаки, «ідею» вчинити

злочин йому було штучно і контрольовано «нав'язано» правоохоронцями. Варто додати, що впродовж наступних років цей тест було у тому чи іншому вигляді запроваджено у всіх штатах (окрім штатів Гаваї та Північна Дакота) на рівні окремої норми КК штату або у вигляді судового прецеденту (знову ж таки на рівні окремого штату).

Натомість так званий об'єктивний критерій своєю появою зобов'язаний окремим думкам суддів ВС США, що були висловлені задовго до вирішення згаданої справи «*Sorrells v. United States*». У кримінальній справі «*Casey v. United States*», що переглядалась ВС США у 1928 р. і стосувалась питань кримінально-правової оцінки провокації придбання обвинуваченим наркотичної речовини – морфію, суддя Брендайс, із одного боку, аргументував концептуальне (на той час) положення про суб'єктивний критерій провокації злочину: хоча держава і має право «розставляти пастки» для викриття злочинців, водночас вона не може провокувати чи «створювати» злочин із метою його наступного контрольованого викриття та притягнення його виконавця до відповідальності. У розглядуваній справі, наполягав він, немає жодних доказів на користь того, що обвинувачений був схильний до вчинення інкримінованого злочину, а отже діяння, за яке обвинувачення хоче осудити «порушника», є результатом злочинної змови агентів правоохоронного відомства, спрямованої на спонукання а рїгїгі законслухняного громадянина вчинити злочин [15].

Водночас у тексті особливої думки суддя Брендайс навів і другий незалежний аргумент проти провокації злочину, що став початком для подальшого судово-доктринального розроблення об'єктивного критерію провокації злочину. Він написав, що кримінальне переслідування в цій справі повинно бути припинено не тому, що якесь особисте право обвинуваченого було порушене, а тому, що власне держава (в особі її інституцій) потребує активного захисту – захисту від незаконних вчинків її службовців, збереження непорочності її судової системи. Наслідком такого подвійного тлумачення соціально-правової природи провокації стало те, що упродовж наступних десятиріч у судовій системі США, а також серед представників американської кримінально-правової науки спостерігався помітний розкол в позиціях навколо питання про пошук оптимального підходу до тлумачення меж провокації злочину на рівні діалектичного протиріччя «законна – незаконна».

Суб'єктивний критерій, на відміну від об'єктивного, вимагає встановлення причинового зв'язку між провокаційними діями агента

правоохоронного органу та злочинною поведінкою обвинуваченого. Іншими словами, якщо в суді буде встановлено той факт, що незважаючи на активні провокаційні дії агента, особа все одно за власною волею бажала порушити закон, то право на захист від кримінального переслідування у зв'язку з провокацією злочину відсутнє, так само як відсутній причинний зв'язок між провокацією злочину та його фактичним вчиненням. І навпаки: якщо суд установить безпосередній зв'язок між діями провокатора та поведінкою адресата провокації, тобто провокація була єдиною й неминучою причиною вчинення злочину, то кримінальна відповідальність за нього виключається.

Професор Джошуа Дресслер узагальнює три основні аргументи проти суб'єктивного тесту на провокацію злочину. По-перше, немає жодних документальних підтверджень на користь того, що Конгрес прагнув закріпити положення про провокацію злочину в кримінальному законодавстві взагалі або у межах певної заборони зокрема. Таким чином, вчення про провокацію злочину є необгрунтованою фікцією, створеною судовою практикою. По-друге, встановлення стороною обвинувачення елемента схильності до вчинення злочину з боку обвинуваченого (підсудного) вимагає представлення доказів його кримінального «минулого», що загалом заборонено правилами кримінального процесу. Через це особу обвинуваченого (підсудного) може бути виставлено в негативному світлі – існує висока вірогідність упередженого ставлення присяжних до такої особи, що ставить об'єктивність і справедливість судового процесу під серйозний сумнів. І по-третє, незважаючи на певну провокаційну поведінку з боку представників правоохоронних органів, особа все одно порушила

закон свідомо і цілеспрямовано. Іншими словами, до неї не було застосовано непереборну силу правоохоронцями – врешті-решт вона власноруч приймала рішення про реалізацію протиправної поведінки. Якби подібна провокація мала місце з боку пересічних громадян, то про відсутність підстав для притягнення до кримінальної відповідальності взагалі не йшлося би – то чому тут слід робити виключення? [16, с. 192].

Висновки. Ознайомлення з практикою ВС США свідчить, що вища судова інстанція країни у своїх рішеннях здебільшого позитивно оцінила практику застосування правоохоронними органами провокуючих злочини «пасток» у тих випадках, коли така практика відповідає вимогам розглянутого вище суб'єктивного критерію. Суд пояснив, що Конгрес у жодному разі не переслідував мету створення юридичних підстав для притягнення до кримінальної відповідальності невинних громадян, які стали жертвами надмірної «завзятості» правоохоронців. І навпаки, у «вимірі» злочинного світу провокація протиправної поведінки визнається суспільно корисною діяльністю, яка дозволяє набагато ефективніше боротися зі злочинністю, нерідко «граючи на випередження».

Загалом, незважаючи на специфіку розвитку вчення про провокацію злочину, яка простежується в Україні та США, ці підходи багато в чому є схожими – вони передусім орієнтують національного правозастосувача на встановлення та дотримання певної межі, яка відрізняє дозволені кримінальним і кримінальним процесуальним законодавством правоохоронні заходи від заборонених законом провокацій злочинної поведінки громадян з боку представників правоохоронних органів.

Література:

1. Чи підтримують українці провокацію чиновників хабарем? Юридичний вісник України. – № 23. – 8-14 червня 2018 р.
2. Роз'яснення щодо зриву спецоперації з викриття корупції в Державній міграційній службі України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nabu.gov.ua/novyny/rozyasnennya-shchodo-zryvu-specoperaciyi-z-vykryttya-korupciyi-v-derzhavniy-migraciyiniy>.
3. Алданова К.Ю. Провокація злочину: практика Європейського суду з прав людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://sud.ua/ru/news/blog/112137-provokatsiya-zlochynu-praktika-yeuropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini>.
4. Шульга С.О. Провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину працівниками правоохоронного органу як підстава для закриття кримінального провадження або постановлення виправдувального вироку / С.О. Шульга // Вісник кримінального судочинства. – 2017. – № 1. – С. 96–102.
5. Загодіренко П.О. Провокація злочину: кримінально-правовий аналіз та удосконалення діючого законодавства / П.О. Загодіренко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – № 6-1. Том 2. – С. 157–159.

6. *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369, 372 (1958).

7. Савченко А.В. Порівняльний аналіз обставин, що виключають злочинність діяння, за кримінальним законодавством України та США // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф.: У 2 ч. – Л.: Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2007. – Ч. 2. – С. 286–289.

8. *Black's Law Dictionary*. 10-th Edition / Edited by Bryan Garner. – Thomson Reuters, 2014. – 2018 р.

9. Roiphe R. *The Serpent Beguiled Me: A History of the Entrapment Defense* / R. Roiphe // *Seton Hall Law Review*. – 2003. – № 33. – P. 257–302.

10. *Butts v. United States*, 273 F. 35 (8th Cir. 1921).

11. *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958).

12. *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540 (1993).

13. Podgor E., Henning P., Taslitz A., Garcia A. *Criminal Law. Concepts and Practice*. 3d Edition / E. Podgor, P. Henning, A. Taslitz, A. Garcia. – Durham, NC: Carolina Academic Press, 2013. – 724 p.

14. *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 441, 445 (1932).

15. *Casey v. United States*, 276 U.S. 413, 421-25 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

16. Dressler J. *Criminal Law* / J. Dressler. – St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2005. – 328 р.