

Виправданий оперативний ризик

в оперативно-розшуковій діяльності спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю корисливо-насильницької спрямованості



О. В. Шамара

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, науковий консультант Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України



В. В. Комашко

старший помічник заступника Генерального прокурора України



А. Д. Онофрейчук

аспірант кафедри оперативно-розшукової діяльності Національної академії Служби безпеки України

У статті досліджено практичні аспекти застосування кримінально-правового інституту виправданого ризику в ході здійснення оперативно-розшукової діяльності спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю корисливо-насильницької спрямованості.

Ключові слова: виправданий ризик, оперативний ризик, організована група, обставини, що виключають злочинність діяння, оперативно-розшукова діяльність.

В статье исследованы практические аспекты применения уголовно-правового института оправданного риска в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности специальными подразделениями по борьбе с организованной преступностью корыстно-насильственной направленности.

Ключевые слова: оправданный риск, оперативный риск, организованная группа, обстоятельства, исключающие преступность деяния, оперативно-розыскная деятельность.

The article investigates the practical aspects of criminal law institute reasonable risk in the implementation of operational and investigative activities by special units to combat organized crime, selfish and violent direction.

Keywords: justified risk, operational risk, organized group, the circumstances that exempt criminality, operational-search activity.

Українська держава закріпила за собою та поклала на себе функції здійснення правоохоронної діяльності [1, с. 12]. Одним із ключових елементів правоохоронної діяльності держави є спеціальна правоохоронна діяльність – тобто діяльність спеціально уповноважених органів державної влади (спеціальних служб, оперативних підрозділів), яка полягає у здійсненні ними систе-

ми гласних і негласних пошукових, розвідувальних й контррозвідувальних заходів із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів з метою пошуку і фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підривною діяльністю спеціальних служб іноземних держав та організацій з метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави [1, с. 16].

Значення такої діяльності для держави та суспільства важко переоцінити. Частка розкритих за допомогою методів ОРД злочинів, вчинених в умовах неочевидності, від загальної кількості розкритих злочинів становить не менше 80-85 % [1, с. 16].

Метою цієї статті є дослідження дискусійних на сьогодні кримінально-правових аспектів застосування інституту виправданого ризику (як одного із базових структурних елементів правового інституту обставин, що виключають злочинність діяння) при здійсненні оперативно-розшукової діяльності, що реалізується спеціальними правоохоронними органами нашої держави з метою протидії та викриття учасників організованих злочинних угруповань (організованих груп та злочинних організацій) корисливо-насильницької спрямованості.

Дослідженням теоретичних і практичних аспектів, безпосередньо пов'язаних із зазначеним кримінально-правовим інститутом в контексті оперативно-розшукової діяльності, займалися ряд провідних науковців, як вітчизняних (зокрема, Є. Скулиш, Б. Романюк, С. Кузьмін, П. Погорецький, О. Бантишев, В. Ущиповський), так і російських (А. Ісиченко, В. Самойлов, А. Земскова, О. Вагін, Г. Сінілов та ін.). Проте вузькі науково-прикладні дослідження проблемних питань застосування кримі-

нально-правового інституту виправданого ризику в практичній діяльності оперативних підрозділів правоохоронних органів саме в контексті протидії організованим групам корисливо-насильницької спрямованості комплексно не проводились, а питання щодо визнання за таких умов оперативного ризику виправданим залишаються дискусійними.

Як зазначає В. Ущатовський, сутність оперативно-розшукових та організаційних заходів по боротьбі з організованою злочинністю вимагає складних рішень і завдань різного характеру й обсягу: від загальних, що стосуються повного розкриття і розслідування злочинів, усіх обставин, які підлягають доказуванню за даною справою, викриття винних, до завдань, розв'язуваних для встановлення окремих сторін розслідуваної події, забезпечення умов для досягнення загальної мети розслідування [2, с. 496].

У свою чергу, Кримінальний кодекс України (далі – КК України) є виключною сукупністю та єдиною системою правових норм, що визначають злочинність діянь та їх караність. Отже, фактично значення для оперативно-розшукової діяльності мають не окремі норми кримінального закону, а певні його інститути, що безпосередньо зумовлюють організаційні та правові засади здійснення такої діяльності.

До ефективних кримінально-правових механізмів протидії організованим формам злочинної діяльності взагалі та діяльності організованих груп корисливо-насильницької спрямованості зокрема варто віднести ряд структурних елементів Інституту обставин, що виключають злочинність діяння.

Обставини, що виключають злочинність діяння, – це прямо передбачені Кримінальним кодексом України зовні подібні до злочинів суспільно корисні, соціально прийнятні та правомірні вольові вчинки людини, спрямовані на захист охороню-

ваних законом прав та інтересів особи, суспільних цінностей, суспільства чи держави від протиправного посягання чи небезпеки [3, с. 136].

Введення законодавцем до кримінального закону окремої норми, що спеціально регламентує інститут виправданого ризику, було зумовлено об'єктивною необхідністю надати правовий статус обставини, яка виключає злочинність діяння, правомірним діянням, здійснюваним з метою досягнення значної суспільно корисної мети, проте пов'язаним із ризиком заподіяння шкоди при їх вчиненні. Загалом ризик визначають як можливу небезпеку; діяння на удачу в надії на щасливий випадок, щасливий кінець.

Ризикованими можуть вважатись діяння, за результатом яких шкода не обов'язково повинна бути заподіяна, а лише є певна ймовірність її заподіяння, хоча особа, яка вчиняє це діяння, розраховує на те, що цього не настане. За своїм змістом інститут виправданого ризику, хоча і новий у вітчизняному кримінальному праві, тим не менше є логічним продовженням розвитку інституту крайньої необхідності. Оскільки за певних умов суспільно корисна мета, що зумовлює розвиток науки, техніки, технологій, а в ряді випадків і прямо пов'язана із безпосереднім урятуванням життя людей, не може бути досягнена без певного ризику заподіяння шкоди різним законним благам та інтересам.

Отже, в умовах виправданого ризику допускається можливість заподіяння певної правомірної шкоди правоохоронюваним благам та інтересам, коли особа спрямувала свої дії на досягнення значної суспільно корисної мети [4, с. 49].

Важливість цього кримінально-правового інституту для правового забезпечення оперативно-розшукової діяльності важко переоцінити, адже сама оперативно-розшукова діяльність, за своїм змістом, поєднана із постійним ризиком, а отже, і реалі-

зачія оперативно-розшукових заходів ставить оперативного співробітника в умови постійного професійного ризику [5, с. 70]. Такий ризик у даному випадку варто було б іменувати оперативним ризиком.

Згідно з чинним кримінальним законодавством (ч. 1 ст. 42 КК України) не є злочином діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети.

Ризик може бути визнано виправданим, тобто таким, що не породжує кримінальної відповідальності, якщо він відповідає одночасно трьом умовам, зазначеним у ч. 2 ст. 42 КК України:

- існуюча мета, на досягнення якої саме і спрямоване діяння, не може бути досягнута іншим шляхом;

- особа, яка діє в умовах ризику, вживає певних заходів для відвернення можливої шкоди;

- особа, яка діє в умовах ризику, обґрунтовано розраховує, що вжиті нею заходи відвернуть можливі шкідливі наслідки її діяння.

Таким чином, за відсутності хоча б однієї із зазначених умов та завдання шкоди діянням особа має нести відповідальність за заподіяння шкоди з необережності.

Російські дослідники відзначають, що у найбільш розгорнутому вигляді концепцію оперативного ризику було розроблено В. Самойловим. До найбільш важливих об'єктів, що піддаються ризику, на думку В. Самойлова, належать: інтереси суспільства; власність; особистість, майно та інтереси об'єкта оперативно-розшукової справи; особистість, майно та інтереси громадян; особистість та інтереси негласних співробітників; особистість та інтереси оперативного співробітника; престиж оперативного підрозділу [5, с. 70].

Таку позицію варто визнати повністю обґрунтованою, оскільки інтереси суспіль-

ства піддаються небезпеці в усіх випадках, коли реалізація оперативно-розшукових заходів потенційно може призвести до порушення стану законності, тобто такого стану суспільних відносин за якого забезпечується точне, повне та неухильне дотримання і виконання положень Конституції України, законів України та виданих на їх основі нормативно-правових актів усіма державними і недержавними установами, підприємствами, організаціями, посадовими особами та громадянами [1, с. 12]. Для дотримання законності в суспільстві важливе значення має якісний рівень (якісний стан) здійснення правоохоронної діяльності, в даному випадку її спеціального виду – оперативно-розшукової діяльності.

Особистість, майно та інтереси об'єкта оперативно-розшукових справ (далі – ОРС) в якості об'єкта оперативного ризику наявні постійно, оскільки навіть сама оперативна розробка особи вже обмежує особисті права цього індивіда. А проведення за його безпосередньою та опосередкованою участю певних оперативно-розшукових заходів містить у собі реальну загрозу заподіяння шкоди як йому особисто (життю, здоров'ю, безпеці, недоторканності), так і його майну та іншим інтересам.

Особистість, майно та інтереси індивідів, що не є об'єктами ОРС, також за певних умов можуть перебувати у стані ризику. Зокрема, це може бути пов'язано із використанням зазначених осіб у кримінально-процесуальній діяльності як свідків, при затриманні винних тощо. Зазначені дві обставини при викритті злочинної діяльності учасників організованих груп корисливо-насильницької спрямованості набувають неабиякого значення. За певних умов, у стан ризику об'єктивно потрапляють і родичі та близькі негласних і оперативних співробітників.

Особистість та інтереси негласних співробітників, особливо за умови здійснення агентурного проникнення до органі-

зованої групи корисливо-навальницької спрямованості, піддаються ризику постійно, оскільки їх розшифровка в більшості випадків призведе до їх фізичної ліквідації учасниками групи, як через помсту, так і через побоювання свого викриття. Неабияку проблему становить і вивід такої особи з оперативної розробки, адже навіть вже після її завершення, розшифровка такої особи також може призвести до її фізичної ліквідації.

Особистість та інтереси оперативно співробітника також є об'єктами оперативного ризику, як під час проведення ним оперативно-розшукових заходів, так і вже після їх завершення. Крім факторів ризику, зазначених вище, і характерних для негласного співробітника, оперативний співробітник постійно стикається із ризиком провалу, або невдалого результату оперативної розробки, порушення ним законності, негативними наслідками цього тощо.

Частина третя статті 42 КК України встановлює перелік обставин, за яких ризик не може бути визнано виправданим ні за яких умов. Зокрема, ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій.

Під загрозою для життя інших людей слід розуміти створення реальної чи потенційної загрози для життя хоча б однієї людини, яка ніяк безпосередньо не причетна до діяння, що створює таку загрозу. Особи, які є безпосередньо причетні до діяння, тобто беруть активну чи пасивну участь у події (зокрема, і сам оперативний працівник та начальник оперативного підрозділу), під такі ознаки не підпадають.

Під загрозою екологічної катастрофи слід розуміти загрозу виникнення великомасштабної аварії, що призводить до тяжких наслідків для людей, тваринного чи рослинного світу, змінюючи умови середовища існування. У даному випадку

аварія – це небезпечна подія техногенного характеру, що створює на об'єкті, території чи акваторії загрозу для життя і здоров'я людей та призводить до руйнування будівель, споруд, обладнання чи транспортних засобів, порушення виробничого процесу чи завдає шкоди довкіллю. Питання про визнання певної аварії екологічною катастрофою є питанням факту та має вирішуватись у кожному випадку окремо, зокрема і за допомогою відповідної експертизи.

Під іншими надзвичайними подіями слід розуміти порушення нормальних умов життя і діяльності людей на певних об'єктах чи території, що спричинене небезпечною подією та призвело чи може призвести до спричинення шкоди здоров'ю людей або значної матеріальної шкоди [3, с. 159].

Питання про визнання інших надзвичайних подій такими, що не виключають визнання ризику виправданим, також є питанням факту та має вирішуватись у кожному випадку окремо, зокрема і за допомогою відповідної експертизи.

Однак при цьому варто враховувати, що прийняття оперативним працівником, як обґрунтовано зазначав В. Г. Самойлов, певного оперативно-тактичного рішення в умовах ризику, може бути обумовлено збігом суб'єктивних обставин. Зокрема, недостатністю інформації про наміри та злочинні діяння осіб, які розробляються за ОРС; непередбаченістю їх вчинків за тих чи інших ситуаційних обставин; обмеженістю сил і засобів, необхідних для вирішення поставленої оперативної задачі; недостатнім рівнем підготовки сил і засобів, які беруть участь у проведенні оперативно-розшукових заходів; наявністю певних інших несприятливих для прийняття та реалізації прийнятого оперативно-тактичного рішення обставин [5, с. 70]. Ці обставини є питанням факту і в кожному випадку повинні бути встановлені, вивчені та оцінені окремо.

Підсумовуючи викладене, доходимо висновку, що оперативний ризик, з урахуванням вищенаведених положень норми частини другої ст. 42 КК України, при здійсненні оперативно-розшукової діяльності з протидії та викриття злочинних діянь учасників організованих груп та злочинних організацій корисливо-насильницької спрямованості може бути визнано виправданим за сукупності таких умов:

– оперативно-розшукові заходи повинні бути об'єктивно необхідними для вирішення завдань захисту основних інтересів держави та суспільства, в першу чергу, найвищих соціальних цінностей, до яких частина перша ст. 3 Конституції України віднесла, життя, здоров'я, недоторканність та безпеку особи. Зокрема, такі заходи є необхідними для викриття та припинення злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації корисливо-насильницької спрямованості;

– поставлена оперативна задача, для вирішення якої здійснюються оперативно-розшукові заходи, об'єктивно не може бути досягнута іншим шляхом. Зокрема, через проведення слідчих дій встановити учасників злочинного угруповання та обставини їх злочинної діяльності, а також попередити подальшу злочинну діяльність неможливо;

– проваджувані оперативно-розшукові заходи мають бути правомірними, здійснюються у точній відповідності до вимог спеціальних законів, що регламентують проведення ОРД. Зокрема, законів України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про контррозвідувальну діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» тощо;

– позитивні наслідки, на досягнення яких обґрунтовано розраховує оперативний співробітник, мають перевищувати можливі негативні наслідки. Зокрема, ризик заподіяння майнової шкоди може бути визнано повністю виправданим, за умови, що це надасть можливість врятувати життя і здоров'я принаймні однієї людини. Проте врятування життя однієї непричетної до злочину людини за рахунок життя іншої непричетної до злочину людини не може бути визнано виправданим ні за яких умов;

– оперативний співробітник вживає певних заходів та об'єктивно розраховує, що вжиті ним заходи відвернуть можливі шкідливі наслідки її діяння. Зокрема, розробляє декілька варіантів можливого розвитку подій, усуває можливі потенційні загрози та вживає певних заходів, спрямованих на локалізацію можливих інших негативних наслідків.

Список використаної літератури

1. Судові та правоохоронні органи України : [посіб. для підготов. до іспитів] / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін, К. В. Колосова ; [під заг. ред. Б. В. Романюка]. [Вид. 2-ге перероб. та доп.]. – К. : Паливода А. В., 2010. – 224 с.
2. *Ущатовський В. Ф.* Протидія організованих злочинності: теоретичні та соціально-правові проблеми : [монографія] / В. Ф. Ущатовський. – К. : Держ. наук.-досл. ін-т МВС України, 2009. – 532 с.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: загальна частина / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін. – К. : Паливода А. В., 2010. – 336 с.
4. Кримінальне право України: загальна частина : [посіб. для підготовки до іспитів] / Андрусів Г. В., Бантишев О. Ф., Романюк Б. В. – К. : Вид. Паливода А. В., 2002. – 124 с.
5. Теория оперативно-розыскной деятельности : [учеб.] / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Синилова. – М. : ИНФА-М, 2006. – 832 с.