

УДК 351.745.7: 343.974

Мельник Алла Олексіївна – старший науковий співробітник Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України,

Кузьмін Сергій Аркадійович – старший науковий співробітник Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

До питання правомірності спонукання в процесі здійснення оперативнорозшукової діяльності з викриття злочинної діяльності організованих груп і злочинних організацій

У статті в контексті норм кримінального права України розглянуто питання щодо меж правомірності спонукання при здійсненні оперативнорозшукової діяльності щодо учасників організованих груп і злочинних організацій.

Ключові слова: спонукання, добровільна відмова від вчинення злочину, посткримінальна поведінка, примус, оперативнорозшукова діяльність.

Українська держава в частині 1 статті 3 Основного Закону проголосила людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпеку найвищою соціальною цінністю. При цьому права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Тобто, держава закріпила за собою та поклала на себе функції здійснення правоохоронної діяльності [1, с. 12]. При цьому, деякі правоохоронні органи України мають спеціальний предмет своєї діяльності, що забезпечується використанням спеціальних форм і методів при її

виконанні, які мають певні особливості регламентації. Такими органами є правоохоронні органи, які мають право здійснювати оперативно-розшукову діяльність (далі ОРД).

Традиційно ядром ОРД є агентурний метод, тобто сукупність засобів і прийомів легендованого поведження негласних співробітників (агентів) та оперативних співробітників правоохоронних органів і спеціальних служб по здобуванню оперативно-вагомої інформації та документуванню протиправних діянь шляхом установаження й розвитку довірчих стосунків із особами, які нею володіють [2, с. 11].

Організована злочинність визначена у законодавстві як сукупність злочинів, які вчиняються у зв'язку зі створенням організованих злочинних угруповань. Йдеться про сукупність різних злочинів, які виявляються і припиняються за допомогою негласних співробітників [3, с. 171].

Метою даної роботи є дослідження кримінально-правових аспектів, що зумовлюють правомірність спонукання в процесі здійснення спеціальними підрозділами правоохоронних органів України оперативно-розшукової діяльності щодо учасників організованих груп.

Дослідженням теоретичних і практичних аспектів, безпосередньо пов'язаних із зазначеною проблематикою, займались ряд провідних науковців як радянської доби, так і сучасних вітчизняних і російських учених, зокрема, М. П. Карпушин, С. В. Дьяков, Б. В. Романюк, Є. Д. Скулиш, О. Ф. Бантишев, П. А. Погорельський, В. Ф. Ушаповський, А. П. Ісиченко, О. А. Вагін, Г. К. Сінілов та інші. Проте, вузькі науково-прикладні дослідження визначення меж правомірності спонукання в практичній діяльності оперативних підрозділів правоохоронних органів саме в контексті протидії організованим групам і злочинним організаціям фактично не проводились, а питання щодо визнання за таких умов значною мірою залишаються й сьогодні дискусійними.

Сучасні теоретики ОРД під оперативною комбінацією розуміють комплекс дій, об'єднаних єдиним задумом, легендою та спрямований на вирішення конкретної задачі по виявленню, попередженню або розкриттю злочину [2, с. 378].

Отже, фактично, оперативна комбінація – це приховане спонукання об'єкта ОРД до дій, за результатом яких створюються сприятливі можливості для вирішення певної, конкретної оперативної задачі.

За загальним правилом, спонукання, яке проводиться в ході оперативно-розшукових заходів, за будь-яких умов не повинно провокувати будь-яке злочинне діяння або порушувати законні права та інтереси громадян [4, с. 383]. Суть провокації становлять активні діяння суб'єктів з умисного спонукання особи (осіб), що не має злочинного умислу, до вчинення злочину з метою подальшого викриття особи, яка скоїла такий злочин [5, с. 53]. З іншого боку, спонукання не повинно бути спів-

участю у вчиненні особою, що розробляється, злочину: підбурюванням до вчинення злочину, пособництвом, а тим більше організацією злочинної діяльності або співвиконавством. Отже, правомірне спонукання не повинно ні за яких умов активізувати дії особи (осіб), які розробляються в ході оперативно-розшукової діяльності, спрямовані на вчинення злочину (злочинів). Також, спонукання є неприпустимим за умов, коли об'єкт розробки позбавлений можливості обирати за власним волевиявленням варіанти власної поведінки, особливо правомірної (активної, комформіської чи принайні маргінальної).

Отже, спонукання при проведенні оперативної комбінації та взагалі оперативно-розшукової діяльності можливе та допустиме у таких випадках:

1. Спонукання до відмови від реалізації конкретного злочинного наміру або взагалі продовження злочинної діяльності. Зокрема, це стосується випадків спонукання як до добровільної, так і до вимушеної відмови від учинення злочину (здійснення злочинної діяльності). Варто зазначити, що спонукання особи до відмови від доведення злочину до кінця, відповідно до норм діючого кримінального закону можливо у таких випадках: коли фактично вчинене особою діяння ще не становить суспільної небезпеки, що обумовлює застосування до особи певної норми Особливої частини КК; коли в особи не сформувався ще остаточний умисел на вчинення злочину, тобто суб'єктивна сторона складу злочину ще не сформована; у випадку, коли правоохоронні органи приймають рішення до залучення такої особи до негласного співробітництва, з одночасним застосуванням до особи одного із спеціальних механізмів звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених відповідними нормами як Загальної, так і Особливої частини Кримінального закону.

2. Спонукання особи до дійового каяття чи принаймні до явки з повинною, якщо в діях такої особи вже фактично міститься склад закінченого злочину.

3. Спонукання особи, що розробляється в ході проведення оперативно-розшукової діяльності, до перенесення строків учинення запланованого злочинного діяння або його вчинення за іншої обстановки. Варто зазначити, що таке втручання у злочинну діяльність може мати на меті створення умов для більш ефективного присічення такої злочинної діяльності, попередження настання злочинного результату, більш детального з'ясування всіх сторін злочинної діяльності, встановлення співучасників злочину, отримання інформації про наявні матеріальні сліди підготовленого або вчиненого злочину, що у подальшому можуть бути використані як докази в процесі кримінального судочинства. Однак, при цьому, таке спонукання ні за яких умов не повинно

сприяти досягненню особою, що розробляється, злочинного результату та не впливати на кримінально-правову кваліфікацію такого злочинно-го діяння (діянь).

4. У ході оперативної розробки припустимо певне “відхилення” дій особи, що розробляється. Зокрема, використання такою особою непридатних засобів і знарядь учинення злочину, переспрямування її зусиль на хибний (відсутній або малозначний) об’єкт (предмет). Таке втручання з боку правоохоронних органів, з одного боку, попередить спричинення шкоди, а, з іншого, – ніяк не вплине на кримінально-правову кваліфікацію діяння.

Варто зазначити, що вочевидь, спонукання до добровільної відмови від вчинення злочину може вважатися найкращим варіантом реалізації спонукання в оперативній комбінації.

За своїм змістом, добровільна відмова від вчинення злочину означає зникнення умислу на вчинення злочину, припинення власне злочину, і, як наслідок, – такої найважливішої ознаки злочину, як суспільна небезпека діяння [6, с. 71]. Отже, і кримінальна відповідальність у таких випадках має бути не більшою, ніж кара за вчинення діяння, що остаточно втратило суспільну небезпеку. З іншого боку, наявність зазначених норм щодо добровільної відмови надає можливість особі, яка вчиняє готування до злочину, або навіть починає вчиняти замах на злочин, повернутись до нормального життя, не зазнавши при цьому кримінального покарання. Отже, наявність у Кримінальному законі інституту добровільної відмови може за певних умов вплинути на втрату особою спрямування на доведення розпочатого злочину до кінця.

Добровільна відмова при незакінченому злочині як обставина, що виключає злочинність діяння, можлива лише тоді, коли у діянні особи ще відсутні ознаки закінченого злочину та якщо діяння не є готуванням або замахом, за яких злочин не доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винного.

Можливо виділити перелік загальних обов’язкових ознак добровільної відмови (її умов) особи – учасника організованої групи чи злочинної організації, від участі у злочинному угрупованні, за сукупністю яких в діянні особи вона (добровільна відмова від подальшої участі в організованій групі) наявна:

– добровільність, тобто особа припиняє розпочату злочинну діяльність у складі організованої групи чи злочинної організації добровільно, з особистої волі, без будь-якого фізичного та психічного примусу;

– остаточноність, тобто власна злочинна діяльність учасником припиняється остаточно, без наміру в майбутньому поновити або продовжити її;

– своєчасність, план злочинної діяльності організованої групи ще не доведено до кінця, принаймні у повному обсязі не вчинені всі заплановані злочини;

– усвідомленість, тобто наявність в особи усвідомлення можливості довести злочинну діяльність, принаймні на певному етапі, до кінця (досягнення злочинного результату).

У цьому контексті варто звернути увагу, що оскільки законодавець у ч. 1 ст. 255 Кримінального кодексу України (далі КК України) передбачає в якості самостійного складу злочину вже саму фактичну участь особи у злочинній організації, то для звільнення особи – учасника злочинної організації (крім організатора та керівника) від кримінальної відповідальності за участь у ній необхідно виконання, крім зазначених вище умов добровільної відмови, ще і факт дійового каяття, що до участі у злочинній організації, оскільки лише за таких умов можливо застосування спеціального механізму звільнення від кримінальної відповідальності, передбаченого ч. 2 ст. 255 КК України.

Розглядаючи перелік обов'язкових ознак добровільної відмови, автори вважають за доцільне більш детально розглянути першу з них – “добровільність”.

Отже, особа має прийняти рішення про свій вихід зі складу організованої групи на підставі власного волевиявлення за відсутності застосування до неї заходів фізичного або психічного примусу.

Найважливішою ознакою добровільності є факт відсутності застосування до особи протиправних заходів мотивування (впливу). Проте, застосування правомірних заходів мотивування (впливу) до припинення участі в організованій групі є не тільки допустимим, а й бажаним. Фактично немає значення, від кого виходить така ініціатива: від працівників правоохоронних органів, родичів, близьких, друзів, інших учасників групи, жертви тощо. За таких умов не має значення і спосіб мотивування: безпосереднє переконання, приклад іншої особи, збіг сімейних або інших особистих обставин, профілактична робота, зокрема, і через інших осіб, залучених до конфіденційного співробітництва з правоохоронними органами на засадах добровільності, тощо. Отже, регулятивний вплив норми права про добровільну відмову посилюється шляхом спонукання особи до припинення розпочатої нею попередньої злочинної діяльності (готування до злочину або замаху на злочин), тобто до добровільної відмови від учинення злочину, що має, поряд з іншим, стимулювати подальшу позитивну посткримінальну поведінку.

Варто ще раз зазначити, що випадки добровільної відмови учасника організованої групи чи злочинної організації від участі в такому угрупованні ніяк не можуть бути поширені на діяння, вчинені у складі цієї організованої групи чи злочинної організації, що мали місце рані-

ше, крім, як уже згадувалось вище, застосування до учасника злочинної організації спеціального механізму звільнення від кримінальної відповідальності за участь у такій організації за умови дійового каюття.

Повертаючись до безпосередньої проблеми інкримінування учасником організованої групи чи злочинної організації участі у вчиненні конкретних злочинів у складі такого угруповання, слід розглянути спеціальне питання щодо кримінальної відповідальності співучасників у разі добровільної відмови від учинення злочину з боку інших співучасників.

Частина 1 статті 31 КК України передбачає, що в разі добровільної відмови від учинення злочину виконавець (співвиконавець) підлягає кримінальній відповідальності за наявності умов, передбачених ст. 17 КК України. Тобто, якщо він остаточно припинив за власною волею готування до злочину або замах на злочин, якщо при цьому він усвідомлював можливість доведення злочину до кінця. У цьому випадку інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за готування до того злочину або замах на той злочин, від учинення якого добровільно відмовився виконавець. Тобто, мова йде вже про загальні умови добровільної відмови.

Для наявності добровільної відмови з боку інших співучасників (організатора, підбурювача і пособника), Кримінальний закон передбачає деякі особливі вимоги, а саме: не підлягають кримінальній відповідальності при добровільній відмові організатор, підбурювач чи пособник, якщо вони відвернули вчинення злочину або своєчасно повідомили відповідні органи державної влади про злочин, що готується або учиняється. Добровільною відмовою пособника є також ненадання ним засобів чи знарядь учинення злочину або неусунення перешкод учиненню злочину.

Ці суб'єкти (організатор, підбурювач чи пособник), на відміну від виконавця, не лише відмовляються від подальшої злочинної діяльності, а повинні відвернути закінчення злочину (настання суспільно небезпечних наслідків) або своєчасно повідомити відповідні органи державної влади про злочин, що готується або учиняється.

У разі добровільної відмови будь-кого із співучасників, виконавець підлягає кримінальній відповідальності за готування до злочину або за замах на злочин, залежно від того, на якій із цих стадій його діяння було припинене. Ця норма є повністю логічною, оскільки за таких умов добровільна відмова виконавця від доведення злочину до кінця була відсутня.

Вищевикладене дозволяє дійти висновку, що межі правомірності спонукання в процесі проведення ОРД повною мірою визначені та обмежені чинним законодавством, з одного боку, тим, що регламентують

Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)

проведення оперативно-розшукової діяльності, а, з іншого, – кримінальним законом, зокрема такими його інститутами, як стадії вчинення злочину, співучасть у злочині та сукупністю норм, що мають на меті стимулювання позитивної посткримінальної поведінки.

Список використаних джерел

1. Судові та правоохоронні органи України : посіб. для підготовки до іспитів / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін, К. В. Колосова ; [під заг. ред. Б. В. Романюка]. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – К. : Вид. Паливода А. В., 2009. – 224 с.
2. Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / Под. ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Сенилова. – М. : ИНФА-М, 2006. – 832 с.
3. Боротьба з організованою злочинністю: підручник / [авт. кол. ; кер. авт. кол. Є. Д. Скулиш]. – К. : Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2010. – 256 с.
4. Оперативно-розыскная деятельность : учебник. / Под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Сенилова. – [2-е изд., доп. и перераб.]. – М. : ИНФРА-М, 2004. – 848 с.
5. Бантишев О. Ф. Хабарництво: кваліфікація та документування : практ. посіб. / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін. – К., Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2009. – 120 с.
6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін. – К. : Паливода А. В., 2010. – 336 с.

В статье в контексте норм уголовного права Украины рассмотрен вопрос относительно границ правомерности побуждения при осуществление оперативно-розыскной деятельности относительно участников организованных групп и преступных организаций.

In the context of the norms of the criminal law of Ukraine a question concerning the legitimacy level of the motive in the operative-investigative activity in relation to the participants of the organized groups and criminal organizations is considered.

Стаття надійшла до редакції журналу 17 жовтня 2011 року.