

УДК 343.6: 351.745.7

**Кузьмін Сергій Аркадійович** — старший науковий співробітник відділу з вивчення проблем протидії організованих злочинності у сфері державної безпеки Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

## **Кримінально-правові аспекти застосування інституту виправданого ризику при здійсненні оперативно-розшукової діяльності стосовно учасників організованих груп корисливо-насильницької спрямованості**

*У статті розглянуто дискусійні питання щодо кримінально-правового інституту виправданого ризику та практичні аспекти його застосування в ході здійснення оперативно-розшукової діяльності, запропоновано комплексні критерії правомірності оперативного ризику в контексті організації протидії організованим групам корисливо-насильницької спрямованості.*

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

У частині 1 статті 3 Основного Закону нашої держави проголошено людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність 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].

Деякі правоохоронні органи України мають спеціальний предмет своєї діяльності, що забезпечується використанням спеціальних форм і методів при її виконанні, які мають певні особливості регламен-

© С. А. Кузьмін, 2010

тації. Такими органами є правоохоронні органи, які мають право здійснювати оперативно-розшукову діяльність.

Отже, йдеться про *спеціальну правоохоронну діяльність* – тобто діяльність спеціально уповноважених органів державної влади (спеціальних служб, оперативних підрозділів), яка полягає у здійсненні ними системи гласних і негласних пошукових, розвідувальних й контррозвідувальних заходів із застосуванням оперативних та оперативнотехнічних засобів з метою пошуку і фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підривну діяльність 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 в цілому важко переоцінити. Доля розкритих за допомогою методів ОРД злочинів, вчинених в умовах неочевидності, від загальної кількості розкритих злочинів становить не менше 80–85 % [1, с. 16].

Метою даної роботи 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 груп 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, Б. В. Романюк, П. А. Погорєцький, Є. Д. Скулиш, О. Ф. Бантишев, В. Ф. Ушаповський), так і російських (А. П. Ісиченко, В. Г. Самолова, А. В. Земскова, О. А. Вагін, Г. К. Сінілов та інші). Проте, вузькі науково-прикладні дослідження проблемних питань застосування кримінально-правового інституту виправданого ризику в практичній діяльності оперативних підрозділів правоохоронних органів саме в контексті протидії організованим групам корисливо-насильницької спрямованості фактично не проводились, а питання щодо визнання за таких умов оперативного ризику виправданим залишаються дискусійними.

Як зазначає В. Ф. Ушаповський, 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) являє собою виключну сукупність та єдину систему правових норм, що визначають злочинність діянь та їх караність. Отже, фактично значення для оперативного-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-насиленницької спрямованості, зокрема, варто віднести ряд структурних елементів Інституту обставин, що виключають злочинність діяння.

*Обставини, що виключають злочинність діяння*, – це прямо передбачені Кримінальним законом України зовні подібні до злочинів суспільно корисні, соціально прийнятні та правомірні вольові вчинки людини, спрямовані на захист охоронюваних 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 є новим 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 досягнута 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 й реалізація 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. Г. Самойловим. До найбільш важливих об'єктів, що піддаються ризику, на думку В. Г. 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 суспільства 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 правоохо-

ронної 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 участі певних оперативно-розшукових заходів містить у собі реальну загрозу заподіяння шкоди як йому особисто (життю, здоров'ю, безпеці, недоторканості), 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 не аби якого значення. За певних умов, у стані ризику об'єктивно потрапляють і родичі та близькі негласних і оперативних співробітників.

Особистість та інтереси негласних співробітників, особливо за умови здійснення агентурного проникнення до організованої групи корисливо-насильницької 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 оперативного 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 ст. 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 повністю обгрунтовано зазначав В. Г. Самолов, 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; обмеженість сил і засобів, необхідних для вирішення поставленої оперативної задачі; недостатнім рівнем підготовки сил і засобів, які беруть участь у проведенні оперативно-розшукових заходів; наявність 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, автор доходить висновку, що оперативний ризик, із урахуванням процитованих вище положень норми ч. 2 ст. 42 КК України, при здійсненні оперативно-розшукової діяльності з протидії та викриття злочинних діянь учасників організованих груп корисливо-насиленницької 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 ч. 1 ст. 3 Конституції України віднесла, життя, здоров'я, недоторканість та безпеку особи. Зокрема, такі заходи є необхідними для викриття та припинення злочинної діяльності організованої групи 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 пропорційними, здійснюються у точній відповідності до вимог спеціальних законів, що регламентують проведення ОРД. Зокрема, законів України “Про оперативно-розшукову діяльність”, “Про контррозвідальну 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 використаних джерел***

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. Ушаповський В. Ф. Протидія організованій злочинності : теоретичні та соціально-правові проблеми : [монографія] / В. Ф. Ушаповський. — 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 підготов. до іспитів] / Андрусів Г. В., Бантишев О. Ф., Романюк Б. В. — К. : Вид. Паливода А. В., 2002. — 124 с.

5. Теория оперативно-розыскной деятельности : [учебник] / Под. ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Сенилова. — М. : ИНФА-М, 2006. — 832 с.

*В статье рассмотрены дискуссионные вопросы уголовно-правового института оправданного риска и практические аспекты его использования в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, предложены комплексные критерии правомерности оперативного риска в контексте организации противодействия организованным группам корыстно-насильственной направленности.*

*The article deals with the examination of the debatable questions of the criminal institute of the justified risk and practical aspects of its use during the realization of operative-investigative activity, the complex criteria of the legitimacy of the operative risk are offered in the context of the organization of counteraction organized groups of mercenarily-violent orientation.*

*Стаття надійшла до редакції журналу 1 грудня 2010 року*