



УЯВНА ОБОРОНА: ПОМИЛКА ПРИ НЕОБХІДНІЙ ОБОРОНІ ЧИ САМОСТІЙНА ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

Орловський Б.М., к. ю. н., старший викладач

Одеський національний університет імені І.І. Мечникова

Стаття присвячена дослідженню правової природи уявної оборони в кримінальному праві України. У процесі дослідження автором визначається, чи є вона різновидами помилки при необхідній обороні або ж виступає самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння та обґрунтовуються власні міркування з цього приводу.

Ключові слова: уявна оборона, необхідна оборона, фактична помилка, юридична помилка, правова природа, оточуюча обстановка, суспільно небезпечне посягання.

Статья посвящена исследованию правовой природы мнимой обороны в уголовном праве Украины. В процессе исследования автором определяется, является ли она разновидностями ошибки при необходимой обороне или же выступает в качестве самостоятельного обстоятельства, исключающего преступность деяния, а также обосновываются собственные соображения по этому поводу.

Ключевые слова: мнимая оборона, необходимая оборона, фактическая ошибка, юридическая ошибка, правовая природа, окружающая обстановка, общественно опасное посягательство.

Orlovskiy B.M. IMAGINARY DEFENSE: ERROR AT NECESSARY DEFENSE OR THE SELF-DEPENDENT CIRCUMSTANCE, PRECLUDING CRIMINALITY OF ACT

The article investigates the legal nature of the imaginary defense in the criminal law of Ukraine. During the study author determined: the imaginary defense is the errors at necessary defense, or the imaginary defense is the self-dependent circumstance, precluding criminality of act.

Key words: imaginary defense, necessary defense, factual error, error of law, legal nature, surrounding situation, socially dangerous encroachment.

Постановка проблеми. Одним із найбільш суперечливих правомірних, суспільно корисних вчинків у системі обставин, що виключають злочинність діяння, є уявна оборона. У науці кримінального права України до сьогодні ведуться дискусії з приводу того, чи є такий правомірний вчинок обставиною, що виключає злочинність діяння, або ж він виступає певним видом помилки при необхідній обороні. Така проблематика підтверджується навіть історично, оскільки до 2001 року законодавець не вважав за потрібне виділяти уявну оборону в окрему норму, що виключала би злочинність діяння, хоча існування такого правомірного вчинку (стану оборони) підтверджувалось на рівні узагальнень судової практики, а саме в Постанові Пленуму Верховного Суду України 1991 року та Постановах Пленуму Верховного Суду СРСР 1956, 1969, 1984 років. Дослідження і визначення правової природи такого правомірного вчинку, а також його законодавчої конструкції в ч. 1 ст. 37 Кримінального кодексу України (далі - КК України), у рамках побудови в Україні кримінального законодавства на рівні європейських стандартів, є вкрай необхідним для кримінально-правової науки.

Актуальність теми підтверджується не повнотою дослідження та вивчення правової природи уявної оборони як самостійного

правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, та наявністю значної дискусії в науці кримінального права України щодо цього питання. Крім того, вона зумовлена неповнотою законодавчої регламентації поняття уявної оборони в ч. 1 ст. 37 КК України, яке містить відповідні неузгодженості.

Ступінь розробленості проблеми. Дослідженням уявної оборони в її нерозривному взаємозв'язку з необхідною обороною в науці кримінального права займалися такі вчені, як: В.В. Аніщук, Ю.В. Баулін, П.С. Матишевський, М.М. Паше-Озерський, В.І. Ткаченко. Також вивчали цю проблему П.П. Андрушко, М.І. Бажанов, В.І. Борисов, В.В. Сташис, І.С. Тишкевич, М.І. Якубович та інші. У той же час комплексне дослідження правової природи уявної оборони, у тому числі і на рівні аналізу положень про помилки в кримінальному законодавстві зарубіжних країн, у науці кримінального права України допоки не здійснювалось.

Метою і задачами статті є: дослідження правової природи уявної оборони з точки зору теорії про помилки в кримінальному праві України; аналіз нормативних положень про помилки в зарубіжному кримінальному законодавстві; визначення існуючих у науці кримінального права України точок зору щодо характеристики уявної

оборони як відповідного правомірного вчинку; обґрунтування доцільності існування уявної оборони в якості самостійної обставини, що виключає злочинність діяння; покращення законодавчої конструкції її визначення в ч. 1 ст. 37 КК України.

Виклад основного матеріалу. Уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння, закріплена в ст. 37 КК України 2001 року. У період свого історичного розвитку за Уложенням про покарання кримінальні та виправні 1845 року вона визначалася як випадкова помилка або обман в обстановці [1, с. 541]. Характеристика її сучасних нормативних положень визначилася в СРСР на рівні відповідних узагальнень судової практики, а саме в Постановах Пленуму Верховного Суду СРСР: «Про недоліки судової практики, пов'язані із застосуванням законодавства про необхідну оборону» від 23.10.1956 року, «Про практику застосування судами законодавства про необхідну оборону» від 04.12.1969 року, «Про застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» від 16.08.1984 року [1, с. 542]. Аналогічним чином вона перейшла і до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» від 28.06.1991 року. Таким чином, ми бачимо, що уявна оборона розвивалася в межах необхідної оборони і безпосередньо в рамках теорії про помилки при необхідній обороні, більшість з сучасних положень якої були розроблені та систематизовані Ю.В. Бауліном. Розглянемо цю теорію докладніше.

При здійсненні особою свого суб'єктивного права на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання вона іноді, у силу різних об'єктивних та суб'єктивних причин, може помилково сприймати ті чи інші ознаки і умови посягання та оборони. У результаті цього вона здійснює помилкові висновки та дії або, іншими словами, здійснює фактичну помилку, яка має важливе значення для оцінки заподіяної особою шкоди. Сама по собі помилка в кримінально-правовому значенні - це неправильне (хибне) уявлення особи про юридичне значення та фактичний зміст свого діяння, його наслідків та інших обставин, що передбачені як обов'язкові ознаки у відповідному складі злочину. Помилки бувають юридичними і фактичними.

Юридична помилка - це хибне уявлення особи щодо злочинності вчиненого нею діяння, кваліфікації вчиненого злочину, меж караності злочину. Фактична помилка - це неправильне уявлення особи про фактичні об'єктивні ознаки

вчинюваного нею діяння. На відміну від юридичної вона охоплює не весь склад злочину, а лише його окремі елементи: об'єкт, об'єктивну сторону, причинний зв'язок й особу потерпілого.

Потрібно зазначити, що в кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн існують спеціальні норми про юридичну та (або) фактичну помилку, яка визначається законодавцем у якості окремої підстави для ненастання або звільнення від кримінальної відповідальності. Тобто юридична та (або) фактична помилка в певних випадках може виступати безпосередньо в якості окремої обставини, що виключає злочинність діяння. При цьому за своєю правовою природою та змістом фактичні помилки в деяких своїх елементах можуть характеризувати окремі випадки уявної оборони.

Так, у кримінальному праві Англії відповідно до судової практики та прецедентів існує теорія про «фактичну помилку», коли воля не спрямована на скоєне, що виступає підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності (переслідування). Однак юридична помилка не може бути підставою для виправдання особи у вчиненні злочину [5, с. 78].

Існують норми про юридичну та фактичну помилку і в кримінальному законодавстві США. Примірний Кримінальний кодекс США 1962 року до однієї з обставин захисту від звинувачення відносить «незнання чи помилку» (ст. 2.04), а Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк у якості такої обставини називає «вплив незнання або помилки на відповідальність» (ст. 15 «Винуватість», параграф 15.20). Кримінальний кодекс Австралії містить розділ 9 «Обставини, пов'язані із наявністю помилки або незнання», до якого входять два види фактичної помилки (підрозділи 9.1, 9.2) та два види юридичної помилки (підрозділ 9.3 - помилка чи незнання статутного права, підрозділ 9.4 - помилка чи незнання підзаконних актів) [5, с. 79].

У Кримінальному кодексі Федеративної Республіки Німеччина містяться норми про «помилку в забороні» (параграф 17). Це випадок, коли в особи відсутнє розуміння того, що вона діє протиправно і вона вважається діючою невинно, якщо не могла уникнути цієї помилки. Якщо особа могла уникнути такої помилки, то покарання для неї може бути пом'якшено [5, с. 80].

У статті 122-3 Кримінального кодексу Франції говориться про юридичну помилку («помилку у праві»), яка є підставою для ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення. Для звільнення від кримінальної відповідальності особі потрібно надати докази того, що у зв'язку з помил-

кою відносно права, якої особа не могла уникнути, вона вважала, що мала законну підставу на здійснення певної дії [5, с. 81].

Положення про «непереборну помилку» містяться і в Кримінальному кодексі Іспанії (стаття 14 глави 1 розділу I Книги I). Відповідно до цієї статті кримінальна відповідальність виключається у випадку непереборної помилки відносно дій чи відносно протиправності діяння, яке складає кримінальне правопорушення. Кримінальний кодекс Швеції також містить норми про «юридичну помилку» (ст. 9 гл. 24), яка є однією із «загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності» [4, с. 604]. Таким чином, ми бачимо, що у загальному контексті теорія про юридичну та фактичну помилку як підстава для звільнення від кримінальної відповідальності набула досить широкого розвитку і законодавчого закріплення в кримінальному праві зарубіжних країн.

Розглядаючи необхідну оборону як обставину, що виключає злочинність діяння в науці вітчизняного кримінального права, Ю.В. Баулін зазначав, що особа, яка обороняється, може допускати фактичні помилки при захисті від суспільно небезпечного посягання і виділяв наступні види помилок: 1) у наявності суспільно небезпечного посягання; 2) у необхідності негайного нанесення шкоди тому, хто посягає; 3) щодо своєчасності оборони; 4) щодо особи того, хто посягає; 5) щодо оцінки характеру та небезпечності посягання; 6) щодо оцінки обстановки захисту [2, с. 256-257].

Така класифікація помилок здійснюється в залежності від виділення певного елемента посягання чи захисту, який викликав в особи помилкове припущення щодо наявності відносно неї суспільно небезпечного посягання. Як зазначав Ю.В. Баулін, кримінально-правове значення названих помилок залежить від того, чи є вони «вибачальними» або «невибачальними». Вибачальною визнається така помилка особи, що захищається, при якій вона сумлінно помилялася щодо певних елементів посягання чи захисту і в силу різних об'єктивних чи суб'єктивних причин не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення. Невибачальною визнається така помилка, при якій особа, що захищається хоча і не усвідомлювала помилковості свого припущення про об'єктивні ознаки і умови оборони, але за обставинами справи повинна була і могла це усвідомлювати, якщо б проявила більше обачності, уважності, дбайливості про інтереси інших осіб. Указані вище помилки впливають на кваліфікацію завданої шкоди особою, що захищається, а саме при вибачальній помилці відповідальність виключається або можлива за

перевищення меж необхідної і оборони, а при невибачальній помилці відповідальність настає за злочин, вчинений і за необережністю [2, с. 257].

Проаналізувавши викладені Ю.В. Бауліном помилки при необхідній обороні, можна визначити, що серед них існують три види помилок, які відносяться до уявної оборони, яка в ст. 37 КК України виділена в якості самостійної обставини, що виключає злочинність діяння. Це помилки: 1) щодо наявності суспільно небезпечного посягання; 2) щодо особи, яка посягає; 3) щодо характеру і небезпечності посягання. Інші помилки характеризують так звану «передчасну» або «запізнілу» оборону, а також перевищення меж необхідної оборони, оскільки при них суспільно небезпечно посягання існує в реальності (дійсності) з боку того, хто посягає.

Відповідно до цього в науці кримінального права склалися дві різні точки зору відносно правової природи уявної оборони. Одні вчені (М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, П.Л. Фріс) вважають, що уявна оборона є помилкою при необхідній обороні й проявляється в помилці суб'єкта відносно наявності правової чи фактичної підстави для нанесення шкоди особі, що посягає. Тобто особа, реалізуючи своє право на необхідну оборону, за певних обставин може помилятися стосовно наявності щодо неї суспільно небезпечного посягання, якого насправді немає. У тих випадках, коли особа сумлінно помиляється відносно наявності щодо неї суспільно небезпечного посягання, її помилка визнається «вибачальною» і вона звільняється від кримінальної відповідальності. [2, с. 201; 9, с. 255]. Така позиція склалася в сучасному кримінальному законодавстві Російської Федерації, де уявна оборона не виділяється в якості обставини, що виключає злочинність діяння [8].

Інші вчені (П.С. Матишевський, Н.Н. Паше-Озерський, В.І. Ткаченко, Т.Г. Шавгулідзе) вважають, що уявна оборона є самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння, яка існує поряд із необхідною обороною [7, с. 36; 10, с. 44]. Відповідно, при уявній обороні особа звільняється від кримінальної відповідальності за наявності двох ознак, передбачених у ч. 2 ст. 37 КК України, а саме: 1) коли обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання; 2) коли особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення.

Таку позицію підтримує і автор у зв'язку з наступним. Позиція першої групи вчених про те, що уявна оборона є звичайною помилкою суб'єкта відносно наявності право-

вої чи фактичної підстави для заподіяння шкоди особі, що посягає (відносно наявності суспільно небезпечного посягання) не враховує, наприклад, існування суб'єктивної уявної оборони, яка пов'язана із помилкою особи щодо суб'єкта, який здійснює суспільно небезпечне посягання, тобто коли суспільно небезпечне посягання існує, однак особа, об'єднаною помиляючись, завдає шкоду сторонній особі, з боку якої посягання не відбувалося (наприклад у багатолюдній бійці). З правової ж точки зору уявна оборона відрізняється від необхідної за основною ознакою - дійсністю (реальністю) суспільно небезпечного посягання. Будь-який різновид помилок при необхідній обороні, у тому числі і передчасна та запізнена оборона, характеризується дійсністю суспільно небезпечного посягання, тобто наявністю його в реальності, і помилки особи, що захищається відносно посягання проявляються в неправильній оцінці його початку, закінчення або ступеня суспільної небезпеки. Уявна оборона характеризується відокремленою групою помилок особи в самому існуванні суспільно небезпечного посягання щодо неї з боку конкретного потерпілого. Така група помилок є специфічною і об'єднується трьома основними групами факторів: особою потерпілого, кваліфікацією дій потерпілого, негативною оточуючою обстановкою. У залежності від того, яка із вказаних груп факторів викликала переважну помилку особи щодо існування стосовно неї з боку конкретного потерпілого суспільно небезпечного посягання, і виникають різні за своєю направленістю випадки уявної оборони. Тому, на думку автора, уявна оборона за своєю правовою природою повинна розглядатися як самостійна обставина, що виключає злочинність діяння.

З точки зору юридичного складу уявна оборона як правомірний суспільно корисний вчинок відрізняється від необхідної оборони за певними елементами інтелектуального моменту суб'єктивного контролю. Так, інтелектуальний момент суб'єктивного контролю при необхідній обороні полягає в усвідомленні особою того, що: 1) проти неї або іншої особи відбувається суспільно небезпечне посягання; 2) воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності її або іншої особи чи суспільним інтересам; 3) для його попередження або припинення потрібне негайне вчинення дій, направлених на заподіяння шкоди особі, що посягає; 4) у цій обстановці для попередження або припинення посягання необхідно вчинити сам ті дії, які відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту; 5) у випадку закінчення посягання необхідність у здійсненні

необхідної оборони відпадає, але виникає право на затримання злочинця. При уявній обороні виникає помилка особи в перших двох елементах інтелектуального моменту суб'єктивного контролю, яка полягає в помилковому усвідомленні особою: 1) що проти неї або іншої особи відбувається суспільно небезпечне посягання; 2) що воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності її або іншої особи чи суспільним інтересам. За суб'єктивною стороною уявна оборона відрізняється також від фактичних помилок, здійснених при вчиненні злочину, оскільки вони в кримінальному праві мають одну суттєву ознаку - вони завжди мають місце при умисному скоєнні злочину. Сутність цих помилок полягає в тому, що шкода заподіюється не так, не тій особі, не в той час, як того бажав винний. Але попри різноманітність видів фактичних помилок, незмінною є наявність умислу в діях особи, що їх припустилася, який при уявній обороні відсутній.

Визначивши уявну оборону як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння, потрібно також більш детально проаналізувати існуюче в ч. 1 ст. 37 КК України визначення її поняття. Кодекс характеризує його таким чином: «дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання» [3, с. 19]. Таке визначення містить певний недолік, а саме, якщо дослівно його читати, не враховує ситуації «дій, пов'язаних із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реальне суспільно небезпечне посягання було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність з його боку такого посягання, яке насправді було здійснено з боку іншої особи». Ця ситуація є досить характерною для групових бійок і нападів, коли шкода спричинюється сторонній або не причетній до нападу (бійки) особі.

Крім того, визначення поняття «уявна оборона» у ч. 1 ст. 37 КК України за своєю змістовною структурою містить й деякі інші неузгодженості:

1) уявна оборона характеризується в кодексі як «дії, пов'язані із заподіянням шкоди...». З погляду правил юридичної техніки більш доречно говорити про «дії, спрямовані на заподіяння шкоди», оскільки з об'єктивної сторони уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння, характеризується причинно-наслідковим зв'язком між захисними діями особи та заподіяною в результаті них шкодою, при

якому заподіяння шкоди виступає як наслідок таких дій. Формулювання в кодексі «дії, пов'язані із заподіянням шкоди...» говорить про взаємозв'язок таких дій і заподіяння шкоди, однак при цьому заподіяння шкоди може і не виступати прямим наслідком дій особи, що здійснює уявну оборону, а виникати від сторонніх факторів;

2) воно є достатньо громіздким і не містить посилання на основний критерій для кваліфікації правомірності уявної оборони - обстановки, яка склалася. Саме від того, наскільки негативна оточуюча обстановка давала підстави особі вважати, що має місце реальне суспільно небезпечне посягання і залежить правомірність уявної оборони. Про це безпосередньо зазначається у п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про необхідну оборону» [6, с. 32]. Тому, на думку автора, такий критерій є провідним і обов'язково повинен міститись у характеристиці поняття уявна оборона, а існуюче у кодексі словосполучення «за таких обставин» не замінює його.

З урахуванням викладеного, автор вважає за можливе охарактеризувати поняття «уявна оборона» в ч. 1 ст. 37 КК України таким чином: «Уявною обороною визнаються дії, спрямовані на заподіяння шкоди потерпілому, коли особа, неправильно оцінюючи його дії в обстановці, яка склалася, помилково припускала наявність щодо неї реального суспільно небезпечного посягання». У такому ж формулюванні можливо викласти його і в абз. 1 пункту 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про необхідну оборону».

Висновки. Узагальнюючи вищезазначені міркування та проведені дослідження, автор вважає за можливе зробити висновок, що за своєю правовою природою уявна оборона є самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння, яка відрізняється від необхідної оборони за відповідними елементами інтелектуального моменту суб'єктивного контролю. У статті також було досліджено існування законодавчих положень про помилку в кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн, яка в певних випадках може виступати в якості окремої обставини, що виключає злочинність діяння. На підставі

проведених досліджень автором було запропоновано відповідне удосконалення викладення поняття «уявна оборона» у ч. 1 ст. 37 КК України. Характеристика уявної оборони в якості самостійної обставини, що виключає злочинність діяння з подальшим розвитком її законодавчих положень, на думку автора, буде прогресивним кроком уперед у напрямку покращення механізму кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті особи від суспільно небезпечного і посягання.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Аніщук В.В. Розвиток законодавства про уявну оборону: історико-правовий аналіз / В.В. Аніщук // Держава і право. Юридичні і політичні науки.-2010.-№47. -С. 539-544.
2. Баулин Ю.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния : [монография] / Ю.В. Баулин, - Х. : Основа, 1991. - 360 с.
3. Кримінальний кодекс України (із змінами і доповненнями станом на 25 лютого 2013 року) / укладач проф. В.І. Тютюгін. - Х. : ТОВ «Одисей», 2013.-234с.
4. Курс уголовного права. Том 1. Общая часть. Учение о преступлении / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. - М.: ИКД «Зерцало-М», 2002.-624с.
5. Пакутин В.Д. Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния в законодательстве некоторых зарубежных государств: сравнительный анализ / В.Д. Пакутин // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России: межвузовский сборник научных трудов. - Уфа : РИО БашГУ, 2003. - С. 77-84.
6. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: 1973-2005 рр. - Х.: «Одиссей», 2006. - 528 с.
7. Ткаченко В.И. Мнимая оборона /В.И. Ткаченко// Социалистическая законность. - 1983. - № 3. -1 С. 36-38.
8. Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. - 17 июня 1996 г. - № 25. - Ст. 2954.
9. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник для студентів вищих навчальних закладів] / П.Л. Фріс. - К. : Атіка, 2004. - 488 с.
10. Шавгулидзе Т.Г. К вопросу о квалификации случаев мнимой обороны / Т.Г. Шавгулидзе // Социалистическая законность. - 1964. -№ 10. - С. 44-45.