

ОДЕСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені І. І. МЕЧНИКОВА

На правах рукопису

ОРЛОВСЬКИЙ БОГДАН МИХАЙЛОВИЧ

УДК 343.228

ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ ОСНОВИ
КРИМІНАЛЬНО–ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ
ПРИ ЗАХИСТІ ВІД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ПОСЯГАННЯ

Спеціальність: 12.00.08 – кримінальне право, кримінально-виконавче
право та кримінологія

Дисертація на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник:
доктор юридичних наук, доктор теології,
професор, член-кореспондент НАПрНУ
СТРЕЛЬЦОВ ЄВГЕНІЙ ЛЬВОВИЧ

ЗМІСТ

ВСТУП	3
 РОЗДІЛ I. ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ТА СУЧАСНИЙ СТАН ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ ПРИ ЗАХИСТІ ВІД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ПОСЯГАННЯ	
1. Історія розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.....	11
2. Обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.....	30
Висновки до розділу I.....	63
 РОЗДІЛ II. НЕОБХІДНА ТА УЯВНА ОБОРОНА У СИСТЕМІ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ	
2.1 Кримінально-правове регулювання необхідної оборони у сучасному кримінальному праві України.....	66
2.2 Уявна оборона як самостійна обставина, що виключає злочинність діяння.....	91
2.3 Умови правомірності та перевищення меж необхідної оборони.....	106
Висновки до розділу II.....	132
 РОЗДІЛ III. ЗДІЙСНЕННЯ СЛУЖБОВИХ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ	
3.1 Поняття та ознаки здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння.....	135
3.2 Умови правомірності та перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень.....	162
Висновки до розділу III.....	181
ВИСНОВКИ	184
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	193
Додатки.....	210

ВСТУП

Актуальність теми. Останніми роками в Україні утворюється негативна криміногенна ситуація, пов'язана зі зростанням кількості злочинів, особливо проти життя й здоров'я особи. За статистичними даними, кількість таких злочинів постійно зростає: за 2010 р. – на 15,2%, за 2011 р. – на 10,5%, за 2012 р. – на 13,8%. Згідно з відомостями Генеральної прокуратури України про стан зареєстрованих кримінальних проваджень, за січень 2013 р. зареєстровано 148 044 кримінальних проваджень за заявами громадян, з яких 5270 – за заявами про вбивство (ст. 115–118 КК України), 2819 – за заявами про грабіж, 1523 – за заявами про розбій.

У таких умовах важливу роль у боротьбі зі злочинністю відіграє такий суттєвий напрям кримінального законодавства, що пов'язаний з практикою застосування його норм та інститутів, які регулюють можливість самостійного захисту особи від суспільно небезпечних посягань, що ґрунтується на положеннях ст. 27 Конституції України, згідно з якою кожна людина має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань.

Конституційне положення про можливість здійснення особою захисту від протиправних посягань конкретизовано в кримінальному праві України в системі обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, до якої входять необхідна оборона, уявна оборона тощо. Забезпечення ефективного функціонування й використання цих кримінально-правових інститутів з урахуванням реалій існуючого демократичного суспільства в Україні є важливою та актуальною проблемою сьогодення. Крім того, захист від суспільно небезпечних посягань має важливе значення й для діяльності співробітників правоохоронних органів, військовослужбовців та інших спеціально уповноважених на охорону державних і суспільних інтересів осіб. Мова йде про застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї в процесі їх службової діяльності, за перевищення меж застосування яких вони несуть кримінальну відповідальність. Завдання ними шкоди в кримінально-правовому аспекті при здійсненні вказаних службових владних повноважень є

самостійним видом правомірної суспільно корисної діяльності, щодо якої відсутня законодавча регламентація в КК України як обставини, що виключає злочинність діяння. Тому законодавче визначення правомірності такого механізму заподіяння шкоди в кримінальному, а не адміністративному праві є актуальним питанням.

Спеціального дослідження обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання в Україні допоки не здійснювалося. Значний науковий внесок у розвиток теорії і практики окремих із цих обставин, таких як необхідна оборона, та деяких аспектів уявної оборони, зробили такі вітчизняні й українські вчені, як: П.П. Андрушко, М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.В. Бородин, В.В. Володарський, М.С. Грінберг, М.Д. Дурманов, Є.В. Додін, Г.В. Діденко, В.Н. Козак, А.А. Медведєв, П.С. Матишевський, Я.В. Мочкош, Н.Н. Паше-Озерський, Л.Н. Смірнова, І.С. Тишкевич, Ю.М. Ткачевський, І.В. Ткаченко, П.Л. Фріс, Т.Г. Шавгулідзе, М.І. Якубович та ін. Також з окремих положень необхідної оборони були захищені такі дисертації: Л.В. Гусар “Необхідна оборона: кримінологічні та кримінально-правові аспекти” (2009 р.), О.М. Лупіносова “Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони” (2007 р.), Н.М. Плисюк “Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця за кримінальним правом України” (2011 р.).

Водночас багато аспектів цієї проблематики, а саме законодавча конструкція поняття та спеціальних випадків необхідної оборони, теоретичні й практичні моменти перевищення меж необхідної оборони, не знайшли достатнього висвітлення в наукових працях. Це призводить до їх неоднозначного трактування в правозастосовній практиці при кваліфікації дій особи, пов'язаних із перевищенням меж необхідної оборони. Уявна оборона досі є малодосліджуваною тематикою, і в багатьох наукових працях вона розглядається як сукупність певних видів помилок при необхідній обороні, хоча вже давно виокремилась як самостійна обставина, що виключає злочинність діяння. Також особливу увагу слід звернути на завдання шкоди із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями

при захисті від суспільно небезпечних посягань, яке взагалі не має належного кримінально-правового регулювання як правомірна суспільно корисна діяльність, у зв'язку із чим виникає ряд питань про його кримінально-правову природу та співвідношення з необхідною обороною. Таким чином, проблема вдосконалення теоретичних і практичних основ кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, є більше ніж актуальною, що й зумовило вибір теми дослідження та структуру дисертаційної роботи.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертацію виконано відповідно до плану науково-дослідної роботи Одеського національного університету ім. І.І. Мечникова № 125100-20 від 24 грудня 2007 р. “Наукове забезпечення розслідування, кваліфікації та попередження злочинів” (державний реєстраційний номер 0106U008401), у межах якої розроблено наукове забезпечення кримінально-правової оцінки дій особи при захисті від суспільно небезпечного посягання та перевищення допустимих меж такого захисту.

Тема дисертаційної роботи затверджена на засіданні кафедри кримінального права, кримінального процесу і криміналістики Одеського національного університету ім. І.І. Мечникова (протокол № 5 від 8 листопада 2009 р.).

Мета і задачі дослідження. *Метою дослідження* є аналіз теоретичних положень і правозастосовної практики стосовно обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання та формування на цій основі науково обґрунтованих пропозицій щодо їх удосконалення.

Для досягнення зазначеної мети поставлено такі *завдання*:

– дослідити історію виникнення та розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання для визначення закономірностей їх розвитку, а також розглянути можливість виділення їх у окрему групу за спільними ознаками;

– визначити поняття та ознаки необхідної оборони, розглянути її правову підставу і юридичний склад;

– здійснити порівняльно-правовий аналіз основних положень інституту

необхідної оборони в кримінальному законодавстві України та зарубіжних країн для виявлення позитивних і негативних моментів у їх кримінально-правовому регулюванні;

– дослідити категорію “перевищення меж необхідної оборони” сформулювавши при цьому критерії для її практичної оцінки та проаналізувати спеціальні випадки необхідної оборони при захисті особи від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку;

– розглянути уявну оборону як самостійну обставину що виключає злочинність діяння, дослідити її юридичний склад та існуючі види;

– охарактеризувати кримінально-правову природу та основні положення здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння;

– дослідити існуючі в кримінальному та адміністративному законодавстві правові норми, що регулюють відповідальність за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень.

Об’єкт дослідження – суспільні відносини, які виникають у зв’язку з реалізацією, використанням та застосуванням обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Предмет дослідження – теоретичні й практичні основи кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Методи дослідження. Для досягнення поставленої мети й вирішення завдань дослідження застосовано загальнонаукові й спеціальні методи: *всезагальний діалектичний* – для розгляду основних положень необхідної й уявної оборони в єдності їх соціального змісту та юридичної форми (підрозділи 2.1, 2.2); *історичний* – для дослідження історії розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання (підрозділ 1.1); *аналіз* – для визначення стану сучасних наукових досліджень із зазначеної проблематики (підрозділ 1.2); *системно-структурний* – для розгляду норм про здійснення службових владних повноважень як системи взаємопов’язаних положень адміністративного та

кримінального права (підрозділ 3.1); *формально-логічний* – для визначення комплексу теоретичних положень про необхідну оборону та уявну оборону, зокрема виділення її видів (підрозділи 2.1, 2.2); *порівняльно-правовий* – для зіставлення вітчизняних правових норм про необхідну оборону з відповідними нормами кримінального права зарубіжних країн (підрозділ 2.1); *логіко-семантичний* – для аналізу змістовного значення деяких кримінально-правових категорій (“межа необхідної оборони”, “перевищення меж необхідної оборони” тощо) (підрозділ 2.3).

Теоретичну основу дослідження становлять праці вітчизняних і зарубіжних учених у галузі кримінального права.

Нормативно-правовою основою дослідження є Конституція України, Кримінальний кодекс України, закони України, відомчі нормативні акти МВС України, постанови Пленуму Верховного Суду України тощо.

Емпіричну базу дослідження становлять статистичні дані прес-служби МВС України про кількість зареєстрованих злочинів у 2010–2012 рр.; матеріали опублікованої судової практики та дані судової статистики Верховного Суду України за 2001–2012 рр.; результати аналізу 100 судових рішень з приводу застосування ст. 36, 118 та 124 КК України; практика судів України з кримінальних справ, у тому числі за ст. 118 та 124 КК України (2004–2012 рр.), а також вивчення статистичних даних Управління державної служби охорони при ГУМВС України в Одеській області.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є одним із перших в Україні дослідженням теоретичних і практичних основ кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Основні результати, які мають наукову новизну, конкретизовані в таких науково-теоретичних положеннях, висновках та пропозиціях:

уперше:

– запропоновано авторське визначення поняття “необхідна оборона” як дій особи, вчинених з метою захисту свого життя і здоров’я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного

посягання;

– запропоновано визначити поняття перевищення меж необхідної оборони залежно від правомірності оборонних дій особи, що захищається, які мають бути необхідними й достатніми для негайного відвернення чи припинення посягання; надано пропозиції щодо викладення законодавчої конструкції ч. 3 ст. 36 КК таким чином: “перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту”;

– запропоновано здійснення службових владних повноважень працівниками правоохоронних органів і військовослужбовцями під час захисту від суспільно небезпечних посягань виділити як окрему обставину, що виключає злочинність діяння, у ст. 36¹ КК України та наведено основні положення цієї кримінально-правової норми;

– досліджено та обґрунтовано можливість упровадження кримінальної відповідальності за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, і запропоновано визначити цей вид відповідальності для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців у ч. 2 ст. 118 та 124 КК України;

удосконалено:

– класифікацію видів необхідної оборони залежно від суспільної небезпечності посягання на загальну, виключну та спеціальну;

– кримінально-правові норми про спеціальні випадки необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України при захисті особи від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку, зокрема запропоновано доповнити їх такими: “захистом від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин”, “захистом особи від тяжкого злочину у своєму житлі”;

– підхід до характеристики правової підстави виникнення стану необхідної оборони у ч. 2 ст. 36 КК України, за яким вона, крім захисту від “вчинення особою суспільно небезпечного посягання”, повинна включати також захист від “реальної загрози його здійснення”;

– визначення поняття “уявна оборона” як дій, спрямованих на заподіяння шкоди потерпілому, коли особа, неправильно оцінюючи його дії в обстановці, яка склалася, помилково припускала наявність щодо неї реального суспільно небезпечного посягання через посилення на основний критерій для кваліфікації правомірності уявної оборони – обстановки, яка склалася;

набули подальшого розвитку:

– положення про систему об’єктів необхідної оборони, які були більш деталізовані та серед яких відображені й поставлені на перше місце “життя і здоров’я, права і свободи, власність особи, що захищається” замість “охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається”, що є дещо громіздким і загальним формулюванням;

– підходи до розширення способів здійснення необхідної оборони за рахунок доповнення їх сучасними засобами захисту, пов’язаними із застосуванням зброї та механічних засобів і пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає;

– підхід до розмежування необхідної оборони та здійснення службових владних повноважень за викладеними в роботі шістьма критеріями: суб’єктом, об’єктом, метою, обстановкою здійснення, правовими наслідками та правовим регулюванням.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що вони можуть бути використані у:

– *правотворчості* – при вдосконаленні кримінального законодавства щодо обставин, які виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання;

– *правозастосовній діяльності* – при вдосконаленні судової практики із застосування положень кримінального законодавства про обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання (акт упровадження у діяльність суддів Київського районного суду м. Одеси від 12 вересня 2012 р.);

– *навчальному процесі* – при викладанні навчальних курсів із дисциплін

“Кримінальне право”, “Міжнародне та зарубіжне кримінальне право” (довідка про впровадження у навчальний процес Одеського національного університету ім. І.І. Мечникова від 12 квітня 2012 р.);

– науково-дослідній сфері – при подальшому кримінально-правовому дослідженні обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Апробація результатів дисертації. Основні теоретичні положення й результати дослідження доповідалися та обговорювалися на міжнародних і всеукраїнській науково-практичних конференціях: “Духовне життя суспільства та злочинність. Сьомі юридичні читання” (м. Одеса, 2009 р.), “Реформування правової системи України в контексті розбудови правової держави та євроінтеграції” (м. Дніпропетровськ, 2010 р.), “Дотримання прав людини при здійсненні правосуддя. Восьмі юридичні читання” (м. Одеса, 2010 р.), “Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики” (м. Одеса, 2010 р.), “Злочинність у сфері професійної діяльності. Дев’яті юридичні читання” (м. Одеса, 2010 р.), “IV Наукові читання, присвячені пам’яті В.М. Корецького” (м. Київ, 2011 р.), “Правові проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні” (м. Харків, 2011 р.), “Від громадянського суспільства – до правової держави” (м. Харків, 2011 р.), “Актуальні питання реалізації чинних національних та міжнародних нормативно-правових актів” (м. Одеса, 2011 р.), “Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики” (м. Одеса, 2011 р.).

Публікації. Основні положення дисертації відображено в 17 наукових публікаціях, з яких 7 – статті в наукових фахових виданнях України, 10 – матеріали науково-практичних конференцій.

Структура й обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які містять сім підрозділів, висновків, списку використаних джерел (163 найменування), двох додатків. Повний обсяг дисертації становить 209 сторінок, з них основний текст – 192 сторінки, список використаних джерел – 15 сторінок, додатки – 2 сторінки.

РОЗДІЛ І
ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ТА СУЧАСНИЙ СТАН ОБСТАВИН,
ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ
ПРИ ЗАХИСТІ ВІД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ПОСЯГАННЯ

1.1. Історія розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання є одним із найдавніших правових інститутів кримінального права, який з'явився разом з виникненням держави і права та розвивався в залежності від цілого ряду умов державного і соціального характеру. Дослідження історії їх розвитку можна здійснювати за певними періодами. Ці періоди пов'язані із певними етапами розвитку кримінального права України. Першим періодом вважається період звичаєвого (неписаного) кримінального права. Воно застосовувалося, як правило, в рамках звичаїв і традицій. Другий період пов'язаний з виникненням писемності та появою кримінального законодавства Київської Русі. Третій етап розвитку пов'язаний із кримінальним законодавством централізованої держави за часів входження України до складу Російської імперії. Він розпочинався прийняттям воїнських артикулів Петра I. До четвертого етапу становлення кримінального права відносять епоху радянського кримінального права. П'ятий етап розвитку кримінального законодавства – прийняття першого Кримінального кодексу незалежної України від 05.04.2001 року [32, с. 134-135].

Розглянемо спочатку історію виникнення та розвитку необхідної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Загалом інститут необхідної оборони – один із найдавніших інститутів кримінального права. Спочатку в недержавному суспільстві захист життя, здоров'я, честі та майна особи здійснювалися, як правило, шляхом кровної помсти. Звичай кровної помсти існував з незапам'ятних часів у всіх без винятку народів. Незважаючи на різницю у формах та засобах здійснення помсти, загальним

вважалося переконання про те, що без помсти немає вічного спокою вбитому чи потерпілому. Перші законодавчі пам'ятки лише покращували практику помсти кривднику, яка склалася на основі стародавніх звичаїв. Так, наприклад, закони царя Вавілону Хаммурапі (XVIII ст. до н. е.) в основі кримінально-правових норм поклали відплату за провину, яка за своєю тяжкістю повинна бути рівним злочину. Однак це правило існувало лише для вільних громадян. В Римській імперії на ранній стадії розвитку діяв принцип таліону – око за око. Ця ідея у різних народів виражалася у іншій формі: життя за життя, зуб за зуб, руку за руку.

У подальшому, із розвитком стародавнього права почало з'являтися певне обмеження принципу кровної помсти. Так у давньоіндійських законах Ману (II ст. до н. е.) вперше зустрічаються положення про необхідну оборону. Ці закони передбачали, що вбивство, яке здійснюється під час захисту від нападу злодія, не карається. В них вказувалося: «Кожен може без сумнівів вбити злодія, який нападає на нього зі злочинними цілями, навіть якщо то буде його вчитель, підліток, старий або брахман, що розуміється у Ведах. Вбивство людини, яка зважилася на вбивство публічно чи таємно, ніколи не робить винуватим у вбивстві. Це лють у боротьбі з люттям». За законами Ману позбавлення життя в якості необхідної оборони дозволялося як для самозахисту, так і для захисту деяких інших осіб, а саме жінок та брахманів. Причому такого роду вбивство вважалося не тільки правом, а і обов'язком особи, що захищалася, який вона повинна була виконати без усяких сумнівів. Закони Ману допускали лише оборону по захисту життя, про захист майна в них нічого не вказувалося. Захист майна допускався у інших стародавніх законодавствах, зокрема у єврейському. В законах Мойсея вказувалося: «якщо хтось застане злодія, який копає на землі і вдарить його так, що той помре, то кров не порахується йому. Але якщо зійшло над ним сонце, то кров порахується йому». Тобто, біблейське законодавство в рамках необхідної оборони дозволяло вбити нічного злодія. При сході сонця, коли вставали сусіди, які могли прийти на допомогу, вбивство злодія заборонялось. Законодавство Римської імперії на стадії її розвитку, зокрема Закони XII таблиць також визнавали право римських громадян на захист свого життя та власності. Римські юристи, такі як Цицерон, Ульпіан, Катон

вважали, що дії є вчиненими у стані необхідної оборони при наявності двох головних умов: 1) несправедливості нападу; 2) неминучості небезпеки. При захисті власності дозволялося вбивати нічного злодія. Крім того, дозволялося вбити злодія, який скоїв крадіжку вдень і чинив збройний опір при його пійманні.

Перший етап розвитку необхідної оборони в Україні пов'язаний із зародженням інституту необхідної оборони на українських землях, яке відбувається у X-XII ст. Перші згадки про неї знаходилися в договорах князів Олега та Ігоря з Візантією 911 та 945 років. Хоча спеціального визначення необхідної оборони в цих договорах не було, однак право необхідної оборони тісно перепліталось із кровною помстою і виступало у формі дозволу на розправу на місці злочину. По договору 911 року, укладеному Олегом з Візантією, у випадку, якщо русин вб'є візантійця чи візантієць вб'є русина, то винний повинен померти на тому місці, де було скоєно вбивство. В договорі Ігоря 945 року були внесені деякі зміни, за якими вбивця міг бути затриманий і позбавлений життя найближчими родичами вбитого [78, с. 16]. Тобто, в даному періоді необхідна оборона характеризується самоуправством і всі конфлікти вирішувались за допомогою сили, а не права.

Руська Правда більш детально регламентувала положення про необхідну оборону, зокрема при захисті права власності. Вона містила окремі положення про необхідну оборону (ст. 13, 14, 38, 40), однак не виділяла її в якості окремого інституту. За Руською Правдою дозволялося вбити нічного злодія, який не здається. Якщо власник вб'є зв'язаного крадія або крадія, який був затриманий до світанку, то він повинен сплатити за нього встановлений штраф. Господар міг переслідувати злодія лише в межах свого житла, за воротами вбивати його було не можна. Таким чином вже давньоруське законодавство обмежувало право на необхідну оборону. Право заподіювати злочинцю шкоду надавалося лише власникам і найближчим родичам вбитого.

Статути Великого князівства Литовського 1529 та 1588 років, які діяли на Україні у період її входження до складу Великого князівства Литовського та Речі Посполитої, також відображали окремі положення про необхідну оборону. За артикулом 24 Статуту 1588 р. вказувалося, що коли хтось позвав до суду іншого

стосовно спричинення йому ран, а той інший, визнаючи ці рани, сказав, що спричинив їх у стані оборони, яка виникла в результаті початку бійки пораненим, то він при свідках, які були при цій справі і все бачили, склавши присягу, звільняється від виплати нав'язки (штрафу) [118, с. 432]. Таким чином в Литовських статутах існували прямі вказівки на необхідну оборону під час бійки і при захисті особи від побоїв [154, с. 227].

Другий етап розвитку необхідної оборони пов'язаний із подальшим розвитком права на необхідну оборону як природного права людини, яке відбулося у Соборному уложенні царя Олексія Михайловича 1649 року. В Соборному уложенні не використовувався термін «необхідна оборона» і не виділялися окремі норми про цей інститут. Положення про необхідну оборону знаходились в окремих статтях глави XI «Про злочини проти особистих прав приватних осіб», які передбачали відповідальність за конкретні злочини. Так, вбивство, яке було вчинене при захисті житла не визнавалося злочином, оскільки особа, яка оборонялася, «то вбивство вчинила мимоволі», а саме за потребою [26, с. 80]. Правомірним вважався захист інтересів інших осіб, при цьому цей захист ставився в обов'язок, за невиконання якого належало «нещадно бити батоном». Так слуга, який поранив чи вбив кого-небудь, захищаючи свого господаря, не відповідав перед судом. Однак в уложенні не вказувалось, що господар повинен також захищати слугу. Стаття 16 глави XXIII допускала оборону честі та цнотливості жінок [149, с. 134]. Таким чином, Соборне уложення залишалося на позиціях розгляду необхідної оборони як природного права, надаючи особі, що оборонялася, достатньо широкі права і разом з тим достатньо чітко відмежовувало оборону від помсти. Умови правомірності необхідної оборони ще не отримали в законодавстві того періоду достатнього розвитку.

Третій етап розвитку необхідної оборони (початок XVIII – XX ст.) пов'язаний із розвитком інституту необхідної оборони в рамках більш чіткої правової регламентації, зокрема появою спеціальних норм про необхідну оборону і умови її правомірності із одночасним обмеженням об'єму реалізації цього права, що відбулося за часів Петра I. На цьому етапі держава починає бачити в необхідній

обороні посягання на свої права, спробу обмеження державної влади, тому допускає оборону в досить вузьких рамках. Питання необхідної оборони в законодавстві Петра I знайшли своє відображення у Воїнських артикулах 1716 р. та Морському уставі 1720 р. Необхідна оборона вперше отримала спеціальну назву «потрібний захист». Правила «потрібного захисту» викладались у главі про смертовбивство, оскільки під правом необхідної оборони розумілося виключно право вбивства особи, що нападала. Воїнські артикули визнавали право на необхідну оборону при посяганні на життя, а в Морському уставі – і при нападі, який загрожував здоров'ю [149, с. 329].

Необхідна оборона допускалася при наявності наступних умов правомірності: 1) напад повинен бути протизаконним та насильницьким; 2) напад повинен бути безпричинним; 3) від нападу неможливо врятуватися втечею, навіть ганебною; 4) від нападу неможливо більше поступатися. Стаття 157 Воїнського артикулу вказувала, що коли особа знаходиться у стані страху і не може більше поступатися, тоді вона не повинна чекати першого удару від нападника, оскільки після того не зможе йому опиратися. Недотримання умов правомірності «потрібного захисту» у випадку вбивства нападника тягло за собою покарання за умисне вбивство. Відповідно до Морського уставу якщо хтось межі «правомірного захисту» переступить і вб'є нападника, то буде судимий не як при обороні, а як за вбивство і буде покараний смертю, каторжною роботою або іншим покаранням [44, с. 101].

Однак у артикулах нічого не вказувалося про оборону майна та майнових прав. Дозволяючи вбивство крадія, який проник до будинку вночі, артикули мали на увазі лише оборону життя. Вбивство, яке було вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, каралось як звичайне умисне вбивство.

У Зводах законів 1832 та 1842 роках кримінальне законодавство було кодифіковано. В Зводі законів 1832 року питання необхідної оборони розглядалися як в Загальній, так і в Особливій частині кримінального законодавства. В статті 133 Загальної частини передбачалися наступні умови правомірності необхідної оборони: засоби захисту повинні були відповідати засобам нападу; застосовувати зброю проти беззбройного можливо було лише в тому випадку, коли особа, яка нападала,

була сильніше або коли напад був вчинений наодинці і з небезпекою для життя; оборона визнавалася законною лише тоді, коли особі, яка захищалася, загрожувала небезпека, тому вбивство супротивника, який почав втікати, визнавалося порушенням правил законної оборони; особа, яка захищалася, повинна була поступатися нападаючому і намагатися не спричинити йому шкоди до тих пір, поки не існувало загрози її життю [100, с. 57]. Таким чином законодавство закріплювало пасивність оборони.

За статтею 134 необхідна оборона вважалася законною не тільки для особистого захисту, але і для захисту інших осіб, як при посяганні на життя і здоров'я, так і при посяганні на цнотливість жінок. Вона допускалася також при захисті власності від крадіїв і розбійників, однак при цьому особа, що захищалася, повинна була оголосити сусідам та начальству про наслідки оборони.

Уложення про покарання кримінальні та виправні 1842 року більш детально регулювало питання про відповідальність за перевищення меж необхідної оборони. Визнавалось «зловживанням обороною», якщо особа, що захищається, заподіює нападаючому шкоду після того, як небезпека перестала загрожувати. Статті 1467 та 1493 уложення передбачали покарання за вбивство та заподіяння каліцтва при перевищенні меж необхідної оборони [141, с. 31].

Четвертий етап розвитку необхідної оборони (початок ХХ ст., дореволюційний період) пов'язаний із поверненням до розуміння необхідної оборони як природного права, яке в той же час мало «кастову» направленість. Кримінальне уложення 1903 року, детально регламентуючи інститут необхідної оборони, розглядає останній як обставину, яка виключає не тільки караність, але і саму злочинність діяння. В ст. 45 Кримінального уложення норма про необхідну оборону була сформульована наступним чином: «не вважається злочинним діяння, вчинене при необхідній обороні проти незаконного посягання на особисті чи майнові блага самої особи, яка захищається, або іншої особи» [12, с. 68; 137, с. 9293]. Перевищення меж необхідної оборони, під яким розумілось надмірність або несвоєчасність захисту, тягло за собою покарання лише у випадках, спеціально передбачених законом [80, с. 37; 123, с. 522].

В той же час потрібно зазначити, що розширення меж необхідної оборони мало «кастову» направленість і норми про необхідну оборону використовувались в більшій мірі до дворян та поміщиків, про що зазначали багато юристів того періоду. Так, наприклад, відомий юрист того часу Рейнгард писав, що перед тим як вирішувати питання про необхідну оборону потрібно врахувати соціальне положення особи, що захищалася. Він наводив наступний приклад: «якщо офіцер вбив людину, яка напала на нього з метою завдати образи дією, то він повинен бути визнаний у стані необхідної оборони, між тим як особи іншого класу, при тих же обставинах у стані зазначеної оборони можуть бути не визнані» [110, с. 76-77].

П'ятий етап розвитку необхідної оборони (XX ст., радянський період) пов'язаний із змінами в законодавчій регламентації інституту необхідної оборони, які в цей період були достатньо суперечливі. З одного боку, в перших радянських законодавчих актах здійснилася відмова від детального формулювання норми про необхідну оборону, яке було у дореволюційних актах. З іншого боку відбулося розширення об'єктів захисту при необхідній обороні і до них вперше увійшли інтереси держави і суспільства, які були поставлені на перший план у порівнянні з іншими об'єктами захисту при необхідній обороні.

Вперше, після революції 1917 року, законодавче визначення необхідної оборони було закріплено в «Руководящих началах по уголовному праву РСФСР» 1919 року. Відповідно до ст. 15 необхідна оборона визнавалася допустимою лише при захисті особи, що оборонялася, або інших осіб. Однак при цьому дії особи, вчинені нею при здійсненні права на необхідну оборону, визнавались злочином, який при наявності вказаних умов не тягнув за собою покарання. У Конституції УРСР 1919 р. право на необхідну оборону взагалі закріплено не було.

Перший Кримінальний кодекс УРСР 1922 року в ст. 19 частково розширив поняття необхідної оборони, включивши до неї не лише посягання, направлені на особу того, хто оборонялася, чи інших осіб, але і на права того, хто оборонявся, чи на права інших осіб. В статтях 145 та 152 КК УРСР передбачалась відповідальність за вбивство та спричинення тяжких тілесних ушкоджень, вчинених з перевищенням меж необхідної оборони, а також за настання тих же наслідків при затриманні

злочинця, якого застали на місці скоєння злочину, з перевищенням необхідних для його затримання заходів [133, с. 38]. З прийняттям «Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» 1924 р. до об'єктів захисту при необхідній обороні були також включені державні інтереси. Згідно зі ст. 9 «Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» покарання не застосовувалось до осіб, які заподіяли шкоду при захисті Радянської влади, або особи і прав того, хто захищається, чи іншої особи. Однак при цьому дії, вчинені у стані необхідної оборони, продовжували прирівнюватись до злочину, за яким особа, що захищалася, не підлягала покаранню.

У зв'язку з тим, що у судовій практиці допускалися серйозні помилки при застосуванні інституту необхідної оборони, Пленум Верховного Суду СРСР 23 жовтня 1956 р. в постанові «Про недоліки судової практики у справах, пов'язаних із застосуванням законодавства про необхідну оборону» вперше сформулював свою позицію по проблемним моментам необхідної оборони. Відмічалось, що право необхідної оборони передбачає право активного захисту від нападу. При цьому підкреслювалось неприпустимість вимоги до громадян діяти активно лише у випадку неможливості врятуватися втечею. Відповідно до п. 4 цієї постанови «...суди не повинні формально підходити до несвоечасності її застосування. Стан необхідної оборони настає не лише у самий момент нападу, але і в тих випадках, коли існує реальна загроза нападу, а також – якщо для того, хто захищається, не був зрозумілий момент закінчення нападу. Такий стан необхідної оборони не може вважатися усуненим, якщо акт самозахисту наступив безпосередньо за актом хоча і закінченого нападу, але за обставинами справи для того, хто захищається, не був зрозумілим момент закінчення цього нападу» [7, с. 105].

Подальший розвиток інституту необхідної оборони отримав в «Основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» 1958 року, яке включило до об'єктів необхідної оборони суспільні інтереси. Також досягненням цих основ є те, що вперше в СРСР дії, вчинені у стані необхідної оборони, не визнавались злочином. У статті 13 прийнятих основ було зазначено:

«Не є злочином дії, які хоча і підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом, однак здійсненні в стані необхідної оборони, тобто при захисті інтересів Радянської держави, суспільних інтересів, особи чи прав того, хто обороняється, або іншої особи від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

Перевищенням меж необхідної оборони визнається явна невідповідність захисту характеру та безпеці посягання».

Таким чином, поряд із поняттям необхідної оборони основи вперше також закріплювали визначення поняття перевищення меж необхідної оборони. Визначення необхідної оборони, яке було закріплене в Основах 1958 року, практично в такому ж вигляді було викладене в КК РСФСР та КК УРСР 1960 року. Відповідно до ст. 15 КК УРСР 1960 року необхідною обороною «визначаються дії, вчинені з метою захисту інтересів чи прав особи, яка захищається, або іншої особи, інтересів суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання шляхом завдання шкоди тому, хто посягає, якщо такі дії були зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання». Таким чином норму про необхідну оборону було доповнено лише в частині того, що дії особи, яка захищається, повинні бути зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання. В той же час Конституція СРСР 1977 року не містила право людини захищатися від протиправних посягань на своє життя і здоров'я, права і свободи, а лише вимагала від громадянина поважати права та законні інтереси інших осіб та сприяти охороні громадського порядку. Певну роль у вдосконаленні інституту необхідної оборони та покращенні правозастосовної практики відіграла також Постанова Пленуму Верховного Суду СРСР «Про практику застосування судами законодавства про необхідну оборону» від 4 грудня 1969 року, в п. 2 якої зазначалося, що суди не повинні механічно виходити із вимог співрозмірності засобів нападу та захисту, а також їх інтенсивності, а повинні враховувати як ступінь і характер небезпеки, що загрожувала особі, яка оборонялася, так і його сили та можливості по відбиттю нападу [7, с. 105].

Шостий етап розвитку необхідної оборони (з 1991 року по теперішній час, пострадянський період) пов'язаний із закріпленням права на необхідну оборону як природного (невід'ємного) права людини в Конституції та більш детальної регламентації цього кримінально-правового інституту, зокрема умов його правомірності та перевищення меж.

В ст. 27 Конституції України 1996 р. було закріплене невід'ємне право кожної людини на захист свого життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань, а ст. 55 визначила, що кожна людина має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань [45, с. 6, 11]. Таким чином право на необхідну оборону вперше було закріплено у Конституції України.

У 2001 р. був прийнятий новий Кримінальний кодекс України. Відповідно до ст. 36 КК України необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання. Також у кодексі більш детально розглядається питання про перевищення меж необхідної оборони і відповідно до ч. 5 ст. 36 КК не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає. Крім того вперше безпосередньо у законі було передбачено право кожної особи на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади [48, с. 85].

Розглянемо історію виникнення та розвитку уявної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Поняття уявної оборони, на відміну від необхідної оборони, не закріплювалося у кримінальному законі до середини ХІХ століття, проте науці кримінального права

це поняття відоме давно, оскільки воно існувало і розвивалося разом із вченням про необхідну оборону та суб'єктивну помилку. На різних історичних етапах розвитку нашої держави тлумачення законодавцем уявної оборони було неоднозначним і суперечливим.

Перші згадки про уявну оборону можна знайти у працях юристів стародавніх держав Греції та Риму. Саме вони звертали увагу на роль фактичної та юридичної помилки у поведінці людини при захисті своїх прав від злочину та визначали безкарність такої поведінки. Однак на законодавчому рівні це закріплено не було і існувало лише в наукових працях. До середини XIX ст. динамічніше розвивалося вчення про уявну оборону як про юридичну помилку при необхідній обороні, яка тягне за собою покарання. І лише в 1845 році в Уложенні про покарання кримінальні та виправні з'явилася ст. 99, яка вперше закріпила поняття «уявна оборона» і в якій зазначалося, що якщо хто вчинить протиправне закону діяння у зв'язку із випадковою помилкою чи внаслідок обману у навколишній обстановці, тому таке діяння не покладалося у вину. Відповідно до цієї статті були внесені зміни у статтю 92 Уложення і до обставин, що виключають злочинність діяння було внесено пунктом 4 ще одну – випадкова помилка або обман [2, с. 541].

Положення про помилку передбачалося і в змінах, що були внесені до Кримінального Уложення 1903 року, зокрема в ст. 43 йшлося про те, що не усвідомлення обставини, якою обумовлюється злочинність діяння..., виключає ставлення у вину самого діяння...; при необережності діяння правило це не застосовується, якщо саме діяння було наслідком недбалості винного.

В подальших редакціях кримінальних кодексів, які діяли на території України, згадувалося лише про юридичну помилку, а уявна оборона продовжувала розвиватися в рамках такої обставини, що виключає злочинність діяння, як необхідна оборона. Проте необхідність врегулювання уявної оборони у судовій практиці відбилася у Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 23 жовтня 1956 року «Про недоліки судової практики, пов'язані із застосуванням законодавства про необхідну оборону», яка деякою мірою заповнила прогалини КК УРСР 1927 року щодо поняття уявної оборони та відповідальності за шкоду, заподіяну у стані уявної

(мнимої) оборони: «Суди повинні розрізняти стан необхідної оборони і так званої мнимої оборони, коли особа не зазнає реального нападу і лише помилково припускає наявність такого нападу. В цьому випадку в залежності від обставин справи особа може відповідати за необережну дію, або взагалі не підлягає притягненню до кримінальної відповідальності. Однак, необхідно мати на увазі, що мнима оборона виключає кримінальну відповідальність лише в тих випадках, коли вся обстановка пригоди давала достатні підстави вважати особі, яка застосовувала засоби захисту, що вона зазнала реального нападу і не усвідомлювала помилковості свого припущення. Разом з тим, у тих випадках, коли під час мнимої оборони особа заподіяла потерпілому шкоду, яка явно перевищує межі допустимої шкоди в умовах відповідного реального нападу, вона підлягає відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони». Таким чином уявна оборона розглядалася в межах інституту необхідної оборони, проте вже на той час, перебування особи у стані уявної оборони, виключало її кримінальну відповідальність [113, с. 48].

КК УРСР 1960 року також не містив вказівки про уявну оборону, як обставину, що виключає злочинність діяння. У Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 4 грудня 1969 року «Про практику застосування судами законодавства про необхідну оборону» містилися роз'яснення про відповідальність за шкоду, заподіяну у стані уявної оборони, аналогічні тим, що давалися у згадуваній вище Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 23 жовтня 1956 року [2, с. 542].

В подальшому питання кримінальної відповідальності осіб за шкоду, заподіяну у стані уявної оборони, були розтлумачені у Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР № 14 від 16 серпня 1984 року «Про застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань»: «Суди повинні розрізняти стан необхідної оборони і так званої мнимої оборони, коли відсутнє реальне суспільно небезпечне посягання, і особа, що застосовувала засіб захисту, не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, її дії потрібно розглядати як скоєні у стані необхідної оборони». В даній постанові на відміну від попередніх вказується, що

стан уявної оборони має місце тоді, коли особа не лише не усвідомлювала помилковість свого припущення щодо реальності суспільно небезпечного посягання, а й не могла усвідомлювати його. Крім того, зазначається, що дії, скоєні у стані уявної оборони, потрібно розглядати як вчинені під час необхідної оборони. Разом з тим у постанові передбачається потреба у розрізненні таких ситуацій. Тобто Пленум Верховного Суду СРСР вказував на однакову юридичну природу даних понять і разом з тим на їхню самостійність.

Наступна Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28 червня 1991 року «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» у пункті 9 більш детально характеризувала стан уявної оборони і зазначала, що «...судам необхідно відрізнити необхідну оборону від мнимої (уявної) оборони, коли особа, помиляючись щодо реальності посягання і вважаючи, що вона захищає правоохоронювані інтереси, заподіює шкоду іншій особі. Якщо особа, перебуваючи в стані мнимої оборони, з урахуванням конкретних обставин не повинна була чи не могла усвідомлювати відсутність реального посягання, а заподіяна нею шкода не перевищувала ту, яка була б допустимою в умовах реального посягання, її дії повинні розглядатись як вчинені без вини і прирівнюватись до необхідної оборони» [103]. Дане роз'яснення містило певні недоліки, пов'язані з тим, що стан уявної оборони характеризувався тим, що «особа не повинна була чи не могла усвідомлювати реальність посягання». Це передбачало, що наявність хоча б однієї з вказаних двох умов було достатньою підставою для визнання дій особи як таких, що вчинені у стані уявної оборони.

Вказані недоліки були враховані та виправлені у наступній Постанові Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону», яка ще більш досконало тлумачила законодавче визначення поняття уявної оборони у п. 7: «Слід відрізнити необхідну оборону від уявної, під якою розуміється заподіяння шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, але особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, помилково припускала наявність такого посягання. При

уявній обороні кримінальна відповідальність за заподіяну шкоду виключається лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала й не могла усвідомлювати помилковість свого припущення. Питання про те, чи дійсно в особи були підстави для помилкового висновку про наявність суспільно небезпечного посягання, вирішується з урахуванням конкретних обставин справи» [102, с. 32].

Розглянемо історію розвитку законодавства про застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при захисті від суспільно небезпечних посягань у кримінальному праві України. Захист посадових осіб держави (дружинників, караульних, військових, довбишів, жандармів, поліцейських, міліціонерів) від суспільно небезпечних посягань під час несення ними служби передбачався у різних законодавчих актах на протязі всієї історії розвитку української держави. Ці законодавчі акти містили окремі положення, які спочатку структурно входили до норм про необхідну оборону, а вже з 1879 року існували самостійно і визначали випадки та особливості застосування спеціальними категоріями державних службовців фізичної сили та зброї.

Так, ще за часів Київської Русі у Руській Правді містились норми, які дозволяли окремим категоріям спеціальних осіб застосовувати зброю, без розкриття підстав та порядку її застосування, під час виконання княжих велінь, кровної помсти, гоніння сліду (переслідування та затримання злочинця), розшукування язичників за часів князя Володимира Великого, виконання покарань таких як «потоку і пограбування», головництва (вбивства), продажу в рабство. До цих спеціальних осіб відносилися дружинники, намісники, посадники, мечники, отроки які виконували поліцейсько-судові функції.

Таким же чином не було належного правового регулювання застосування зброї спеціальними особами держави за часів Гетьманщини та Московського царства у зв'язку з відсутністю спеціального органу – поліції. За часів Гетьманщини ці функції покладалися на довбишів, отаманів, охоронців, осавулів, які здійснювали як розшук так званих харцизів, гультаїв, гайдамаків, що грабували купецькі каравани так і охорону громадського порядку. У Московській державі ці функції

покладалися на сотників, десятських, губних старост, губних дяків, які здійснювали розшук та затримання розбійників, а згодом і «татей», вбивць та «паліїв», а також завідували в'язницями. Під час виконання своїх службових обов'язків сотники, десятські, губні старости, губні дяки здійснювали захист від злочинів та нападів на основі норм про необхідну оборону.

Лише в 1718 році Петро I створив спеціальний державний орган – поліцію і надав їй досить широкі повноваження на підставі «Пунктів, даних Санкт-Петербурзькому Генерал-Поліцмейстеру» від 25 травня 1718 року. Норми про застосування фізичної сили та зброї поліцмейстерами, городовими, квартальними наглядачами, приставами визначалися на основі загальних норм про необхідну оборону для населення. Розглянемо це на прикладі застосування фізичної сили та зброї митними органами, що розглядалося і закріплювалося в Зводі законів 1832 року. В томі VI, норми якого були присвячені діяльності митних установ, передбачалось можливість застосування сили прикордонною вартою. Так в ст. 375 вказувалось, що прикордонна варта, не чекаючи нападу з переважаючою силою, мала право робити постріли в скопище бажаючих незаконно переправитися через кордон. Якщо ж напад відбувався з наміром тільки завдати побої, то ст. 378 допускала можливість застосування прикордонниками холодної та вогнепальної зброї і вчинене ними при цьому вбивство або заподіяння шкоди, не тягло за собою покарання за умови, що прикордонники першими не розпочинали бійку. В Особливій частині Уложення 1832 року про застосування зброї спеціально уповноваженими особами держави зазначалось в статтях 331 та 362. Стаття 331 вказувала, що вбивство не ставиться в провину, коли вартовий, караульний, патруль або варта вб'є нападника при нападі на них, відбиваючи силу силою. Далі в статті говорилося про випадки, коли вбивство може бути скоєно вартовим або патрульним під час оборони від насильницького нападу, який загрожував їх життю. У статті 362 говорилося про заподіяння тілесних ушкоджень вартовим або патрульним під час несення ними служби у складі варти або патруля і вказувалося на те, що це не вважалось злочином за наявності умов, передбачених у статті 331.

10 жовтня 1879 року в Російській імперії вперше були закріплені на законодавчому рівні правила про застосування зброї поліцейськими та жандармськими чинами. Відповідно до цих правил вони могли застосовувати зброю в наступних випадках:

- 1) коли на них здійснено озброєний напад;
- 2) коли здійснено неозброєний напад, але групою осіб, і іншого способу відбити цей напад не було;
- 3) для оборони інших осіб від нападу;
- 4) при затриманні злочинців, коли вони будуть протидіяти цьому насильницькими діями, або коли буде неможливо переслідувати або наздогнати втікаючих злочинців;
- 5) при втечі арештантів, коли неможливо наздогнати їх або коли вони чинять опір насильницькими діями [4, с. 26].

Аналізуючи ці правила про застосування зброї поліцейськими та жандармськими чинами професор, доктор поліцейського права Росії І. Тарасов у 1886 році вказував, що кращою поліцією є поліція неозброєна, однак оскільки вона озброєна з голови до ніг не тільки холодною, але і вогнепальною зброєю (наприклад поліцейські стражники були озброєні гвинтівкою і шашкою), то застосування цієї зброї повинно було бути негайно унормовано законом, а тому закон 1897 року є запізним, оскільки нова зброя була у поліції та жандармерії ще з 1859 року. До 1917 року суттєвих змін у правовому регулюванні правил та випадків застосування зброї поліцейськими та жандармами не відбулося. Зміни відбулися лише у структурі поліцейського апарату і були пов'язані із створенням адміністративно-поліцейських органів на місцях та Міністерства поліції, яке у подальшому перетворилося у Міністерство внутрішніх справ. Основними актами, що регулювали поліцейську діяльність у ХІХ ст. були «Статут про попередження й припинення злочинів» 1833 року та «Положення про земську поліцію» 1837 року [35, с. 4; 155, с. 127].

Подальший розвиток законодавства про застосування фізичної сили та вогнепальної зброї поліцією під час виконання обов'язків служби відбувся вже у радянський період. Спочатку, після Жовтневої революції в СРСР протягом певного часу застосування фізичної сили та зброї радянською міліцією було ненормоване.

Це було пов'язане із необхідністю придушення повстань та заворушень проти радянської влади, яке здійснювалось за допомогою виняткових заходів. Так за пияцтво, спекуляцію, продаж спиртних напоїв, хуліганство зброя застосовувалась на місці без будь-яких обмежень і ці злочини зазвичай каралися розстрілом. Всі невідомі особи, які намагалися втекти при затриманні їх міліціонерами, повинні були розстрілюватися на місці.

Лише 13 грудня 1923 року наказом начальника міліції та розшуку з оголошенням Інструкції начальнику районної міліції (пункт 16), дія якої розповсюджувалася на усіх працівників міліції, було визначено правові підстави застосування вогнепальної зброї. Такими підставами були:

а) збройний напад на міліціонера або збройний опір його законним вимогам;

б) відбиття здійсненого на міліціонера нападу, хоча і не озброєного, але такого, що загрожував небезпекою його життю, здоров'ю, свободі або нападу, здійсненого з метою відбити конвойованих арештантів чи відняти у міліціонера по справам служби майно, гроші, папери, зброю, коли інший засіб захисту не був можливим;

в) захист інших осіб від нападу, що загрожує небезпекою їх життю, здоров'ю і особистій недоторканності, якщо вдатися до інших засобів захисту не має можливості;

г) припинення насильницького посягання на майно, якщо припинити це посягання іншими засобами неможливо;

д) затримання злочинця і піймання арештанта, дезертира, що втекли з-під варти, коли наздогнати і затримати їх не можна інакше, як шляхом застосування зброї [4, с. 27].

Отже, можна зазначити, що інструкція надавала міліціонерам достатньо широкі права по застосуванню вогнепальної зброї при захисті від суспільно небезпечного посягання у формі нападу і відносила можливість і допустимість застосування зброї у всіх випадках на розсуд міліціонерів, що на практиці призводило до зловживання цим правом.

Подальший розвиток законодавства про застосування фізичної сили та зброї працівниками міліції був направлений на демократизацію. Так 8 червня 1973 року Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про загальні обов'язки та права радянської міліції по охороні громадського порядку та боротьбі зі злочинністю» як крайній захід працівникам міліції було надано право застосовувати зброю в наступних випадках:

а) для захисту громадян від нападу, що загрожує їх життю чи здоров'ю, якщо іншими способами та засобами їх неможливо захистити;

б) для відбиття нападу на особливо важливі чи інші важливі об'єкти, а також для відбиття озброєного нападу на охоронювані об'єкти;

в) для відбиття нападу на працівника міліції, коли його життю загрожує безпосередня небезпека, а також при нападі на конвой міліції, якщо він не може бути відбитий іншими заходами;

г) для затримання злочинця, який чинить збройний опір чи якого застали при скоєнні особливо небезпечного злочину, чи злочинця (за винятком жінок та неповнолітніх), що намагається втекти з-під варти, коли іншими способами і засобами затримати цих злочинців неможливо.

Після проголошення незалежності України у 1991 р. правовими засадами застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї є спеціальні закони та підзаконні нормативні акти, якими регулюються підстави та порядок застосування сили спеціально уповноваженими особами держави. До них відносяться закони України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р., «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р., «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22 червня 2000 р., Митний кодекс України від 11 липня 2002 р., Військові статuti Збройних Сил України та багато інших. Найбільш загальними серед цих спеціальних правових актів є Закон України «Про міліцію» та Військові статuti Збройних Сил України, які визначають порядок та підстави застосування сили двома найбільш розповсюдженими категоріями спеціальних осіб – працівниками міліції та військовослужбовцями.

Відповідно до ст. 15 закону України «Про міліцію» працівники міліції як крайній захід мають право застосовувати вогнепальну зброю у таких випадках:

1) для захисту громадян від нападу, що загрожує їх життю і здоров'ю, а також звільнення заручників;

2) для відбиття нападу на спеціально уповноважену особу або членів його сім'ї, якщо їх життю або здоров'ю загрожує небезпека;

3) для відбиття нападу на охоронювані об'єкти, конвої, жилі приміщення громадян, приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій, а також звільнення їх у разі захоплення;

4) для затримання особи, яку застали при вчиненні тяжкого злочину і яка намагається втекти;

5) для затримання особи, яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також озброєної особи, яка погрожує застосуванням зброї та інших предметів, що загрожує життю і здоров'ю спеціально уповноваженої особи;

б) для зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження, якщо водій своїми діями створює загрозу життю чи здоров'ю громадян або спеціально уповноваженої особи [27, с. 17-18].

Відповідно до п. 22 Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» військовослужбовці мають право застосовувати спеціальні засоби, засоби фізичного впливу та зброю особисто або у складі підрозділу у наступних випадках:

- для захисту свого здоров'я і життя, а також здоров'я і життя інших військовослужбовців і цивільних осіб від нападу, якщо іншими способами й засобами захистити їх у даній ситуації неможливо;

- для затримання особи, яку застали при вчиненні тяжкого злочину та яка намагається втекти або яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також для затримання озброєної особи, яка загрожує застосуванням зброї та інших засобів, що становить загрозу для життя і здоров'я військовослужбовця чи інших осіб;

- для відбиття нападу на об'єкти, що охороняються військовослужбовцями, а також для звільнення цих об'єктів у разі захоплення;
- у разі спроби насильного заволодіння зброєю, бойовою та іншою технікою, якщо іншими способами і засобами неможливо припинити цю спробу [119, с. 10].

Узагальнюючи вищезазначене можна зробити висновок, що необхідна оборона, уявна оборона та захист спеціально уповноваженими особами держави від суспільно небезпечних посягань шляхом застосування фізичної сили та зброї пройшли досить складну історію становлення та розвитку у кримінальному праві України. Це було пов'язано із тим, що держава розглядала зокрема необхідну оборону спочатку як злочин, який за певних обставин не карається. І лише в кінці XIX – на початку XX ст. виникло розуміння необхідної оборони як природного невід'ємного права людини, яке виключає злочинність діяння. Уявна оборона взагалі не розглядалася як обставина, що виключає злочинність діяння до середини XIX століття, а захист спеціально уповноважених осіб держави від суспільно небезпечних посягань шляхом застосування фізичної сили та зброї не мав належного правового регулювання до кінця XIX століття. Подальший розвиток кримінального законодавства щодо цих обставин, які виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, як свідчить історія, повинен спрямовуватися у напрямку їх розширення і законодавчої конкретизації.

1.2. Обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Розбудова та розвиток в Україні демократичної і правової держави передбачає забезпечення ефективної реалізації прав і свобод людини і громадянина та неухильне дотримання їх в процесі діяльності правоохоронних органів держави. Прийняття нового Кримінального кодексу України (далі – КК України) в 2001 році визначило черговий етап розвитку кримінального права та, відповідно, системи обставин, що виключають злочинність діяння. Розділ VIII цього кодексу закріплює

значно ширший перелік цих обставин, порівняно із КК 1960 року, що вже дозволяє їх виділяти та систематизувати у групи за певними критеріями.

В даній дисертації автор досліджує та аналізує теоретичні і практичні основи кримінально-правового регулювання необхідної оборони та уявної оборони як обставин, що виключають злочинність діяння, а також здійснення службових владних повноважень у формі застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженими особами держави (працівниками міліції, Служби безпеки України, митної служби, військовослужбовцями, тощо). Якщо необхідна оборона та уявна оборона як обставини, що виключають злочинність діяння при захисті особи від суспільно небезпечного посягання, закріплені у розділі VIII КК України, то здійснення службових владних повноважень саме в такій назві та редакції не має необхідного закріплення в діючому КК України, але, на думку автора, його можливо визначити у якості обставини, що виключає злочинність діяння. Для такого підходу є, якщо так можливо сказати, певні законодавчі «підказки». Наприклад, законодавець закріплюючи у якості окремих обставин, що виключають злочинність діяння для спеціально уповноважених осіб держави «виконання наказу або розпорядження» (ст. 41 КК України) або «виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації» (ст. 43 КК України) у розділі VIII КК України, тим самим вказує на можливість розглядати і запропоновану обставину саме при аналізі цього розділу КК України. Наведемо з цього приводу необхідні аргументи.

Почнемо з того, що констатуємо – загальною спільною рисою для вказаних вище трьох обставин, яка дозволяє нам їх поєднати у одну групу є правова підстава, на основі якої вони виникають, а саме: суспільно небезпечне посягання, яке направлене на заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особи, що захищається або іншій особі, суспільним інтересам чи інтересам держави. Таким суспільно небезпечним посяганням є злочинне діяння, ознаки якого передбачені у Кримінальному кодексі України. Потрібно спеціально підкреслити, що закон прямо не визначає таке посягання злочином, оскільки правомірним суспільно корисним

вчинком визнається захист не тільки від діяння, яке в кримінально-правовому значенні є злочином, а і від суспільно небезпечного посягання неосудної особи або особи, яка не досягла віку, з якого наступає кримінальна відповідальність. Такі суспільно небезпечні посягання у зв'язку з відсутністю «свідомого» суб'єкта не визнаються злочином, але мають необхідний характер і ступень суспільної небезпеки. Враховуючи викладене, можливо, на думку автора, розглядувані вище три обставини, що виключають злочинність діяння, об'єднати в одну групу – «обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання» [94, с. 268]. Це те, що їх, за своїм основним змістом, об'єднує.

В той же час, різниця між ними полягає у наступному. При необхідній обороні та здійсненні вищевказаних службових владних повноважень - у суб'єкті та меті їх здійснення, а при необхідній обороні та уявній обороні - у дійсності (наявності) суспільно небезпечного посягання. Так А. А. Медведєв аналізуючи зміст необхідної оборони та здійснення службових владних повноважень зазначав, що хоча в якості основного елементу цих вчинків є захист правоохоронюваних інтересів від суспільно небезпечного посягання, однак в першому випадку він здійснюється громадянином на основі розпорядження своїм правом, межі якого в кримінальному законі визначені для приватних осіб, а в другому – спеціально уповноваженою особою від імені держави і в порядку виконання службових повноважень, ознаки яких передбачені у спеціальних законах [65, с. 62]. Тому правомірність дій таких спеціально уповноважених осіб, як зазначав Н. Д. Дурманов, ґрунтується на основі законів або інших нормативних актів, які встановлюють такі повноваження [25, с. 9], тобто регулюється адміністративно-правовим законодавством, яке безпосередньо організує та регулює діяльність такої особи. Різниця між необхідною та уявною обороною полягає у дійсності (наявності) суспільно небезпечного посягання, яке при уявній обороні існує лише в уяві особи, що захищалася, внаслідок помилкової оцінки дій потерпілого та обстановки, що склалася. Таким чином можемо говорити про існування суспільно небезпечного посягання як

об'єктивної (в формі неправомірної дії) та суб'єктивної (в уявленні особи, що захищається) підстави для вчинення правомірних суспільно корисних вчинків.

Розглянемо питання про можливість визначення здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння більш докладніше. На сьогоднішній день в науці кримінального права з цього питання існує дві основні точки зору.

Прихильники першої точки зору (Н. Д. Дурманов, Ю. В. Баулін, В. Н. Козак, Н. Н. Паше-Озерський, Т. Г. Шавгулідзе) розглядають дії спеціально уповноважених осіб правоохоронних органів щодо захисту правоохоронних інтересів та завдання шкоди особам, що на них посягають шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, як здійснення службових повноважень (виконання службових обов'язків). Виходячи з цього, на думку цієї групи фахівців, відповідним правом на необхідну оборону може володіти лише приватна особа [5, с. 241; 98, с. 47].

Так Ю. В. Баулін зазначає, що в загальному плані у захисті правоохоронюваних інтересів від суспільно небезпечного посягання можуть брати участь, як приватні, так і спеціально уповноважені особи (працівники правоохоронних органів, військовослужбовці та ін.). Але, у таких випадках відповідні дії приватних осіб повинні оцінюватися згідно з правилами необхідної оборони, а спеціальних суб'єктів – згідно з вимогами про виконання службових обов'язків [5, с. 241]. Т. Г. Шавгулідзе та В. Н. Козак, аналізуючи таку ситуацію, вказували, що у випадках, коли спеціально уповноважені особи застосовують фізичну силу, зброю проти нападників з метою захисту від посягання об'єктів, захист яких є службовим обов'язком вказаного суб'єкта, маємо не акт необхідної оборони, а виконання службового обов'язку [43, с. 131-132; 158, с. 84].

Прихильники другої точки зору (Л. М. Гусар, І. С. Тишкевич, І. В. Ткаченко, М. І. Якубович) вважають, що працівники правоохоронних органів, застосовуючи зброю та заподіюючи шкоду при припиненні суспільно небезпечних посягань на будь-які інтереси, здійснюють тим самим акт необхідної оборони. При цьому існуючі спеціальні норми законів, можуть лише в тих чи інших ситуаціях

конкретизувати межі необхідної оборони [124, с. 172; 126, с. 48-49]. Згідно з чим, ці фахівці вважають, що на працівників міліції та інших силових служб поширюється законодавство про необхідну оборону і їх дії повинні розглядатися з позиції відповідності вимогам ст. 36 КК України, а не інших нормативних актів [18, с. 93].

На нашу думку, більш виваженою, є точка зору першої групи фахівців, які вважають, що дії працівників правоохоронних органів, військовослужбовців щодо захисту від суспільно небезпечних посягань під час виконання обов'язків служби є здійсненням службових владних повноважень (обов'язків), а не необхідною обороною, в зв'язку з тим, що:

1) такі люди є спеціально уповноваженими особами і наділені законом владними повноваженнями, які не має приватна особа, зокрема: правом перевіряти документи; правом затримувати особу; правом, при наявності чітко визначених обставин, застосовувати зброю; правом проводити огляд речей, які знаходяться при особі та іншими спеціальними правами;

2) стан необхідної оборони у таких осіб виникає не раптово, як у приватних осіб, а в процесі несення служби та виконання інших спеціальних владних повноважень (наприклад, охорони громадського порядку, розшуку, переслідування особи або її затримання, доставки особи до правоохоронного органу та тримання її під вартою, несення патрульно-постової служби та ін.). Тому такі особи заздалегідь готуються до подібних ситуацій, в тому числі і за рахунок професійної підготовки, підтримки відповідної ментальної та фізичної форми, в зв'язку з чим вони повинні бути психологічно і фізично готові до дій в таких ситуаціях;

3) для працівників правоохоронних органів здійснення спеціальних владних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку, за невиконання або неналежне виконання яких вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі і кримінальну), а не суб'єктивним правом, як для приватних осіб;

4) на відміну від приватної особи вони практично завжди озброєні вогнепальною зброєю та спеціальними засобами і володіють спеціальними знаннями із їх практичного застосування, вони повинні мати і мають необхідний рівень фізичної підготовки [85, с. 211; 87, с. 33-34].

Саме тому, на нашу думку, в чинному КК України, з метою покращення правового регулювання діяльності працівників правоохоронних органів та військовослужбовців, коли вони здійснюють захист від суспільно небезпечних посягань під час виконання своїх обов'язків служби необхідно передбачити окрему обставину, що виключає злочинність діяння – «здійснення службових владних повноважень». Вказану обставину необхідно закріпити у ст. 36¹ розділу VIII КК України, одразу після ст. 36 «Необхідна оборона».

Визначення цієї обставини, що виключає злочинність діяння не є декриміналізацією захисту від суспільно небезпечних посягань спеціально уповноважених осіб держави, оскільки право на завдання ними шкоди правопорушнику при захисті від суспільно небезпечних посягань на законодавчому рівні вже передбачено спеціальними законами, що регулюють їх діяльність (статтями 12-15 Закону України «Про міліцію», ст. 26 Закону України «Про Службу безпеки України», статтями 423-426 Митного кодексу України тощо). Ці спеціальні закони дозволяють при захисті від суспільно небезпечних посягань застосовувати фізичну силу, спеціальні засоби та навіть вогнепальну зброю, визначаючи порядок і підстави для їх застосування.

Однак вони є адміністративно-правовими законами, а в кримінально-правовому значенні незрозуміло яким чином повинна визначатись правомірною шкода, заподіяна в результаті застосування вказаних заходів при захисті від суспільно небезпечних посягань, оскільки в розділі VIII КК України відсутня кримінально-правова норма, яка змогла би визначити правомірність цієї шкоди. Віднесення цих дій спеціально уповноважених осіб держави та завданої в результаті їх здійснення шкоди правопорушнику до необхідної оборони, як вже було розглянуто вище, не є доцільним, оскільки необхідна оборона регулює правомірність заподіяння шкоди приватними особами.

Тому в кримінальному праві України створилась «прогалина», пов'язана з відсутністю законодавчого закріплення в КК України механізму визнання правомірною шкоди, заподіяної спеціально уповноваженими особами держави при застосуванні до правопорушника фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної

зброї. З метою усунення цієї прогалини, а також удосконалення і правового упорядкування КК України автор пропонує доповнити розділ VIII КК України цією обставиною, що виключає злочинність діяння для спеціально уповноважених осіб – «здійснення службових владних повноважень».

Закріплення цієї обставини також допоможе привести у відповідність КК України до норм спеціальних законів, що регулюють службову діяльність вищевказаних осіб, таких як Закони України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України», Митний кодекс України та інших.

Відмінність заподіяння шкоди спеціально уповноваженими особами держави при «здійсненні службових владних повноважень» та заподіяння шкоди приватними особами у «стані необхідної оборони» можна розрізнити за наступними критеріями:

1) за суб'єктом:

- суб'єктом необхідної оборони є звичайний громадянин;
- суб'єктом здійснення службових владних повноважень є спеціально уповноважена особа – працівник міліції, Служби безпеки України, митної служби, Державної прикордонної служби, військовослужбовець та інші особи;

2) за об'єктом:

- об'єктом при необхідній обороні є життя і здоров'я, права і свободи, власність особи, що посягає;
- об'єктом при здійсненні службових владних повноважень є життя і здоров'я, права і свободи, власність правопорушника – особи, яка вчиняє або намагається вчинити кримінальне правопорушення;

3) за метою:

- проміжною метою необхідної оборони є заподіяння особі, що посягає, співрозмірної шкоди, яка потрібна для попередження або припинення посягання, а кінцевою – захист життя і здоров'я, прав і свобод, власності особи, що захищається, або іншої особи;
- проміжною метою здійснення службових владних повноважень є попередження та припинення суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника, або

протиправної діяльності правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання, а кінцевою – затримання і доставка правопорушника до відповідного правоохоронного органу;

4) за обставинкою здійснення:

- необхідна оборона відбувається у повсякденному житті особи і як правило несподівано;
- здійснення службових владних повноважень відбувається під час виконання особою своїх спеціальних обов'язків по службі під час яких вона готова до виникнення подібних ситуацій;

5) за правовими наслідками:

- необхідна оборона є правом громадянина, яке він може як реалізувати, так і відмовитись від його здійснення;
- здійснення службових владних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку спеціально уповноваженої особи за невиконання або неналежне виконання якого вона несе встановлену законом відповідальність;

б) за правовим регулюванням:

- правове регулювання необхідної оборони здійснюється ст. 36 КК України;
- правове регулювання здійснення службових владних повноважень крім запропонованої до КК України ст. 36¹, здійснюється значною кількістю спеціальних законів, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб держави.

Прийшовши до висновку про можливість доповнення розділу VIII КК України статтею 36¹ «Здійснення службових владних повноважень», ми пропонуємо, з урахуванням адміністративно-правових законів, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб держави та норм про необхідну оборону у КК України, викласти вказану статтю наступним чином:

«Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійсненого правопорушником суспільно

небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність.

Шкода, яка заподіюється правам і свободам, здоров'ю і життю правопорушника має зводитись до мінімуму та не повинна перевищувати міри, необхідної для здійснення службових владних повноважень, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору або групового нападу на спеціально уповноважену особу.

Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених статтями 118 та 124 цього Кодексу.

Примітка. Службові владні повноваження – це діяння, які здійснюються спеціально уповноваженими особами державних органів з метою виконання завдань і функцій, покладених законом на ці органи і в межах, передбачених спеціальними законами, що регулюють їх діяльність. До спеціально уповноважених осіб належать працівники міліції, Служби безпеки України, митної служби, військовослужбовці та інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України» [85, с. 211; 86, с. 130].

Розглянемо більш детально зміст запропонованої статі. Здійснюючи свої службові владні повноваження працівники міліції, Служби безпеки України, митної служби, військовослужбовці, тощо, мають право, у передбачених спеціальним законом випадках, заподіювати шкоду правопорушнику шляхом застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили з метою попередження, припинення або захисту від його суспільно небезпечного посягання. У кримінально-правовому значенні вказана шкода, яка заподіяна правопорушнику, повинна визнаватись правомірною та допустимою.

Службові владні повноваження, на нашу думку, можна визначити як діяння, які здійснюються спеціально уповноваженими особами державних органів з метою виконання завдань і функцій, покладених законом на ці органи і в межах,

передбачених спеціальними законами, що регулюють їх діяльність [88, 138]. Якщо, наприклад, розглядати повноваження органів внутрішніх справ в теорії адміністративного права, то можливо зазначити, що існують різні види таких повноважень: виконавчі, розпорядчі, контрольні, виховні, спеціальні та інші. Ми розглядаємо саме спеціальні владні повноваження, які пов'язані з тим, що спеціально уповноважені особи мають право давати обов'язкові для виконання вказівки і розпорядження особам, які не перебувають по відношенню до них у службовій залежності і, крім того, мають право застосовувати заходи примусу, за необхідності, для належного виконання таких вказівок і розпоряджень [1, с. 42]. Спеціальні владні повноваження посадових осіб мають на меті охороняти громадян, суспільство, державу від правопорушень і злочинів, застосовуючи для цього широке коло прав та обов'язків, профілактики та припинення, які у свою чергу можна поділити на такі заходи:

1) контрольно-запобіжні (які застосовуються з метою запобігання правопорушенням і злочинам, якщо передбачається можливість їх вчинення);

2) припинювальні (які представляють собою застосування психологічного або фізичного впливу на правопорушника, а також спеціальних засобів, у тому числі і зброї, з метою припинення його протиправної поведінки. Наприклад, наряди міліції мають право вимагати від громадян і посадових осіб припинення злочинів та адміністративних правопорушень у громадських місцях на території постів та маршрутів патрулювання);

3) адміністративно-технічні (серед яких можна виділити наступні обов'язки: забороняти експлуатацію транспортних засобів, технічний стан яких не відповідає встановленим вимогам; відсторонювати від керування транспортним засобом осіб, по відношенню до яких є всі підстави вважати, що вони перебувають у стані алкогольного сп'яніння; обмежувати або забороняти проведення ремонтно-будівельних та інших робіт на вулицях та дорогах, якщо не дотримуються вимоги щодо забезпечення громадської безпеки) [34, с. 101].

Тепер розглянемо перелік спеціальних (адміністративно-правових) законів, до яких повинна відноситись запропонована нами кримінально-правова норма у

статті 36¹ розділу VIII КК України «Здійснення службових владних повноважень». До таких спеціальних законів, які регулюють службові владні повноваження спеціально уповноважених осіб держави та порядок застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї відносяться:

- 1) Закон України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. – для працівників органів внутрішніх справ. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється статтями 12-15 Закону;
- 2) Закон України «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р. – для працівників органів Служби безпеки України. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється ст. 26 Закону;
- 3) Закони України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» та «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» від 24 березня 1999 р. – для військовослужбовців. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється пунктами 56, 60, 195-202 Статуту гарнізонної та вартової служби та пунктами 20-25 Статуту внутрішньої служби;
- 4) Митний кодекс України від 11 липня 2002 р. – для посадових осіб митної служби. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється статтями 423-426 Кодексу;
- 5) Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку – для будь-яких посадових осіб, які підтримують правопорядок. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється ст. 3 Кодексу;
- 6) Закони України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р. та «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 р. – у сфері забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві;
- 7) Закон України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» від 26 березня 1992 р. – для військовослужбовців внутрішніх військ України.

- Порядок застосування ними вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили згідно зі ст. 10 цього Закону регулюється Законом України «Про міліцію»;
- 8) Закон України «Про державну податкову службу в Україні» від 4 грудня 1990 р. – для працівників податкової міліції. Порядок застосування ними вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили згідно зі ст. 22 цього Закону регулюється Законом України «Про міліцію»;
 - 9) Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 17 лютого 1992 р. – у сфері проведення оперативно-розшукової діяльності;
 - 10) Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22 червня 2000 р. – для членів громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону. Порядок застосування ними заходів фізичного впливу та спеціальних засобів регулюється ст. 14 Закону;
 - 11) Закон України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003 р. – для військовослужбовців та працівників Державної прикордонної служби України. Порядок застосування ними вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили згідно зі ст. 21 цього Закону регулюється Законом України «Про міліцію» та військовими статутами Збройних Сил України;
 - 12) Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. – для адміністрації та працівників місця попереднього ув'язнення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного. Порядок застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюється ст. 18 Закону.

Крім вказаних нами вище законів, службові владні повноваження по застосуванню фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються також низкою підзаконних нормативних актів (інструкцій, постанов, наказів), які видаються центральними органами виконавчої влади відповідно до законів. До цих підзаконних нормативно-правових актів відносяться, наприклад, «Інструкція про порядок постійного зберігання і носіння табельної вогнепальної зброї, боєприпасів і спеціальних засобів працівниками міліції», затверджена наказом МВС України від 25.01.1995 р., Постанова КМУ «Про створення митної варти» від 29.06.1996 р.,

«Примірне положення про відділення по боротьбі з контрабандою та порушенням митних правил регіональної митниці», затверджене наказом ДМСУ від 04.09.2003 р. тощо [109, с. 24-25]. Такі підзаконні акти більш детально регулюють порядок носіння, зберігання та застосування спеціальних засобів та зброї відповідними категоріями спеціально уповноважених осіб держави.

Таким чином ми запропонували визначити «здійснення службових владних повноважень» як обставину, що виключає злочинність діяння у статті 36¹ розділу VIII КК України. У зв'язку із такою пропозицією нам потрібно обов'язково розглянути та дослідити кримінально-правову природу та механізм кримінально-правової відповідальності за перевищення заходів, необхідних для їх здійснення.

Якщо розглядати кримінально-правову відповідальність, яка існує у Особливій частині КК України за перевищення меж необхідної оборони – то можна зазначити, що вона існує у двох формах: 1) умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК України); 2) умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони (ст. 124 КК України). Вказані склади злочинів є привілейованими, тобто різновидами таких складів злочинів як «умисне вбивство» і «умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень» із пом'якшувальними обставинами та передбачають, порівняно з ними, менш сурові санкції. При цьому за заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони законодавцем кримінальна відповідальність у Особливій частині КК України взагалі не передбачена, що, на нашу думку, є правильною декриміналізацією цих діянь.

Кримінальної відповідальності за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень (застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї до правопорушника) в Особливій частині КК України законодавцем не передбачено. Ми вважаємо, що у зв'язку із пропозицією визначення у статті 36¹ розділу VIII КК України «здійснення службових владних повноважень» як обставини, що виключає злочинність діяння можливо запропонувати визначити у Особливій частині КК України, по аналогії із необхідною обороною, два привілейовані склади злочину по вказаній обставині, що

виключає злочинність діяння: 1) перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження правопорушнику; 2) перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило смерть правопорушнику. Вказані склади злочинів, на нашу думку, доцільно розмістити у частині 2 статей 118 та 124 Особливої частини КК України, а у частині 1 цих статей будуть знаходитися відповідні привілейовані склади злочинів за перевищення меж необхідної оборони. Також ми вважаємо, що по аналогії із необхідною обороною, за заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень при перевищенні заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, кримінальна відповідальність у Особливій частині КК України для спеціально уповноважених осіб держави передбачатись не повинна.

Таким чином ми робимо висновок про можливість закріплення у Особливій частині КК України кримінальної відповідальності за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень у частині 2 статей 118 та 124 КК України. Вказані кримінально-правові норми, на нашу думку, доцільно викласти наступним чином:

- ч. 2 ст. 118: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило смерть правопорушнику, -

карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до трьох років»;

- ч. 2 ст. 124: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження правопорушнику, -

карається виправними роботами на строк до двох років, або службовим обмеженням на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років» [88, с. 141].

На нашу думку, покарання до осіб, які здійснюють службові владні повноваження і вчинили такі «перебільшення» за частиною 2 статей 118 і 124 Особливої частини КК України повинно бути дещо суворіше, ніж до звичайних громадян за перевищення меж необхідної оборони, оскільки, на відміну від звичайних громадян, ці особи можуть реально оцінити характер та ступінь небезпеки посягання під час здійснення своїх службових владних повноважень і використати найбільш доцільні заходи та методи реагування на суспільно небезпечне посягання, відповідно до службових наказів та інструкцій.

Також необхідно зазначити, що в Особливій частині КК України для спеціально уповноважених осіб держави (службових осіб, військовослужбовців) існує кримінальна відповідальність за статтями 365 та 424 КК України за «перевищення влади та службових повноважень». Вказана кримінальна відповідальність за «перевищення влади та службових повноважень» повністю відрізняється від запропонованої нами кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень», якою ми пропонуємо доповнити частину 2 статей 118 і 124 Особливої частини КК України. Розглянемо докладніше відмінність між ними.

Взагалі питання перевищення влади або службових повноважень у судовій практиці для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців багато в чому тлумачаться Постановою Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26.12.2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень». Відповідно до п. 5 цієї постанови під перевищенням влади або службових повноважень необхідно розуміти:

- а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства;
- б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки в особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності цих умов;
- в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені лише колегіально;
- г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти [104, с. 7].

В той же час у зазначеній постанові допускається під час розгляду питання про перевищення влади або службових повноважень, і це потрібно спеціально виділити, широке застосування різних обставин, що виключають злочинність діяння. Так, наприклад, відповідно до п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»: «коли службова особа перевищила владу або службові повноваження з метою запобігти шкідливим наслідкам, більш значним, ніж фактично заподіяна шкода, і їх не можна було відвернути іншими засобами, її дії як вчинені в стані крайньої необхідності відповідно до ст. 39 КК не можуть бути визнані злочинними» [104, с. 8]. Тобто, якщо розглядати відповідальність за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень», то можна визначити, що хоча в процесі здійснення службових владних повноважень працівник правоохоронного органу, військовослужбовець і допускає перевищення заходів, необхідних для їх здійснення, тобто використовує більшу силу і завдає більшу шкоду правопорушнику ніж це передбачено цією обставиною, що виключає злочинність діяння, однак він має право на здійснення цих владних повноважень та заходів відповідно до норм спеціального закону, що регулює його діяльність. А при «перевищенні влади та службових повноважень» він здійснює такі повноваження та заходи, на які в даній ситуації не має права взагалі і які спеціальний закон, що регулює його діяльність, не дозволяє йому здійснювати [88, с. 139].

Наприклад, працівник міліції, виконуючи свої службові владні повноваження, застосував вогнепальну зброю для захисту від нападу озброєного ножем злочинця, який з відстані трьох метрів нападав на нього, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 15 Закону України «Про міліцію», але при цьому стріляв не по кінцівках злочинця, а в груди, чим заподіяв йому смерть. В цьому випадку працівник міліції перевищив заходи, необхідні для здійснення службових владних повноважень, оскільки повинен був стріляти по кінцівках злочинця, який знаходився від нього на відстані трьох метрів і не становив безпосередньої загрози його життю та здоров'ю, тобто неправильно співвідніс суспільну небезпечність нападу і межі захисту. Однак, якщо наприклад, працівник міліції застосував вогнепальну зброю проти особи, яка вчинювала

адміністративне правопорушення або дисциплінарний проступок, або проти особи, яка хоч і вчинила злочин, однак після вчинення злочину не виражала агресії і не намагалася здійснити напад на працівника міліції, тобто не у випадках, передбачених ст. 15 Закону України «Про міліцію», то він повинен нести відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, відповідно до ст. 365 КК України.

Таким чином ми можемо зазначити, що кримінально-правова норма про «перевищення влади та службових повноважень» є загальною для спеціально уповноважених осіб держави, а кримінально-правова норма про «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень» – спеціальною нормою, яка підлягає застосуванню лише у випадку перевищення допустимої міри заподіяння шкоди вказаними особами правопорушнику під час захисту від суспільно небезпечних посягань.

Розглянемо співвідношення цієї загальної та спеціальної норми на прикладах з практики. Так, 23 жовтня 2010 року дільничний інспектор Синельниківського міськвідділу міліції Дніпропетровської області заступив на чергування з охорони бюлетенів на територіальній виборчій комісії в селищі Старовишневецьке. Бюлетені зберігалися у приміщенні сільради. Відповідно до інструкції, правоохоронець мав через певний проміжок часу виходити на вулицю та оглядати прилеглу територію. Під час одного із таких оглядів близько другої ночі міліціонер вийшов на вулицю та побачив двох підлітків, які були у нетверезому стані та вчепилися до нього із погрозами. На попередження про можливість застосування зброї підлітки не відреагували, а навпаки, наближаючись до міліціонера, висловили намір заволодіти його зброєю [140].

Правоохоронець, керуючись статтею 15¹ Закону України «Про міліцію», оголив табельну вогнепальну зброю і, зробивши два попереджувальних постріли вгору, наказав підліткам залишатись на місці. Однак на цю вимогу працівника міліції підлітки не відреагували і, висловивши сумнів щодо наявності в пістолеті бойових набоїв, здійснили груповий напад на працівника міліції. В свою чергу, міліціонер, захищаючись, зробив три постріли по ногах одного з нападників, який

наближався до нього спереду, чим поранив його. В цей час другий нападник, обхопивши працівника міліції ззаду за тулуб двома руками, намагався вихопити зброю. Дільничний інспектор, перекинувши пістолет у ліву руку, з-під пахви зробив постріл у бік нападника, спричинивши останньому смертельне вогнепальне поранення в області правого плеча, від якого той невдовзі помер.

Згідно проведеного у лікарні медичного обстеження працівника міліції та нападників на предмет наявності у їх крові алкоголю та наркотичних засобів працівник міліції знаходився у тверезому стані, а двоє нападників – у нетверезому. За результатами проведеного службового розслідування Синельниківською міжрайонною прокуратурою дії дільничного інспектора міліції щодо застосування табельної вогнепальної зброї були визнані правомірними [140].

Таким чином можемо зазначити, що в даному випадку працівник міліції застосував вогнепальну зброю правомірно, відповідно до ст. 15¹ Закону України «Про міліцію», оскільки він спочатку оголив вогнепальну зброю і попередив правопорушників про можливість її застосування, а вже потім застосував її при груповому нападі на себе, стріляючи спочатку по ногах першого нападника з метою попередження нападу на себе, а вже потім на ураження другого нападника з метою відбиття безпосереднього нападу ззаду на себе, направленою на заволодіння вогнепальною зброєю. Загальна норма про «перевищення влади та службових повноважень» могла в цьому випадку мати місце, якби працівник міліції дістав вогнепальну зброю та відкрив вогонь без будь-якого нападу на нього підлітків та попередження про застосування зброї. Спеціальна норма про «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень», в даному випадку могло мати місце, якби працівник міліції відкрив вогонь не по ногах першого нападника, який наступав на працівника міліції без зброї, а одразу вистрелив би в нього на ураження, оскільки в такому випадку застосована сила не відповідала би суспільній небезпечності посягання.

Узагальнюючи вищевказане ми можемо зробити висновок про необхідність правового закріплення розмежування кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних

повноважень» від кримінальної відповідальності за «перевищення влади та службових повноважень» у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», яке, на нашу думку, можна визначити та викласти наступним чином:

«Потрібно відрізнити перевищення влади та службових повноважень від перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень при застосуванні працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї з метою попередження, припинення або захисту від суспільно небезпечних посягань. При перевищенні заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, працівник правоохоронного органу, військовослужбовець має право на застосування відповідного заходу впливу до правопорушника, однак при цьому неправильно співвідносить суспільну небезпечність посягання та межі застосування сили. Перевищення влади та службових повноважень при застосуванні працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї є більш тяжким злочином і полягає у застосуванні цих заходів без наявності права на таке застосування, або застосування цих заходів не у випадках, передбачених спеціальними законами, що регулюють службову діяльність таких осіб».

Розглянемо співвідношення кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень» і кримінальної відповідальності за «перевищення меж необхідної оборони». Це співвідношення безпосередньо залежить від співвідношення службових владних повноважень та необхідної оборони як обставин, що виключають злочинність діяння, для спеціально уповноваженої особи, що в свою чергу залежить від того, за яких обставин ця особа зіткнулась із суспільно небезпечним посяганням. В тих випадках, коли спеціально уповноважена особа піддалася суспільно небезпечному посяганню не під час здійснення своїх службових владних повноважень, а в приватному житті, як звичайний громадянин – її дії необхідно оцінювати з точки зору законодавства про необхідну оборону. Відповідно, умисне вбивство або умисне

заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, вчинене службовою особою в приватному житті при перевищенні меж необхідної оборони, кваліфікується за ст. 118 або 124 КК України [104, с. 8]. Однак, коли спеціально уповноважена особа зіткнулась із суспільно небезпечним посяганням під час виконання обов'язків служби, тобто, наприклад, вона була у форменому одязі, або виконувала службове завдання, або відрекомендувалась працівником міліції і висунула до порушника владні вимоги, то її дії повинні оцінюватися судом з точки зору інституту службових владних повноважень і спеціальних нормативно-правових актів, що регулюють її службову діяльність.

Необхідна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання також характеризується певною недосконалістю її законодавчої конструкції.

1) По-перше це стосується недосконалості визначення поняття «необхідна оборона» у ч. 1 ст. 36 КК України. Якщо проаналізувати норми про необхідну оборону в кримінальному законодавстві зарубіжних країн, зокрема англо-американських, можна зробити висновок, що об'єктом захисту при необхідній обороні у них виступає по-перше життя і здоров'я, права і свободи особи, що захищається, по-друге життя і здоров'я, права і свободи інших осіб та по-третє власність. Наприклад в Англії Законом «Про кримінальне право» 1967 року передбачено, що необхідна оборона – це застосування особою фізичної сили в розумних межах для попередження та припинення злочину, або при здійсненні законного арешту правопорушника чи підозрюваного, або під час надання допомоги в такому арешті. Тобто особа має право застосовувати силу в розумних межах для захисту себе, іншої особи та майна. В кримінальному законодавстві США питання необхідної оборони регулюється розділом 18 Зводу законів США та кодексами штатів. Найбільш вдалим серед кримінальних кодексів штатів, на нашу думку, є Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк 1967 року. Відповідно до параграфу 35.15 КК штату Нью-Йорк необхідна оборона це застосування особою фізичної сили до нападаючого тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що це необхідно для захисту себе або третьої особи від застосування чи наявної загрози застосування

протиправної фізичної сили з боку нападаючого [68, с. 62-63]. Згідно з ст. 122-5 КК Франції необхідною обороною визнається вчинення дій особою, що піддалася необґрунтованому посяганню у відношенні себе або інших осіб, які викликані необхідністю правомірного захисту себе чи інших осіб, за виключенням випадків явної невідповідності між використаними засобами захисту і тяжкістю посягання.

Таким чином можна зазначити, що зарубіжне законодавство визначає поняття необхідна оборона досить стисло, однак при цьому головним об'єктом захисту у ній ставить особу, що захищається, її життя і здоров'я, права і свободи інших осіб та безумовно власність.

Відповідно до ст. 36 КК України необхідна оборона це дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання [48, с. 85]. Проаналізувавши визначення поняття «необхідна оборона» у ст. 36 КК України потрібно вказати, що українське законодавство об'єктом захисту у необхідній обороні визначає «охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається або іншої особи, суспільні інтереси та інтереси держави». На нашу думку таке визначення об'єкта необхідної оборони є досить загальним формулюванням, яке не вказує на конкретні об'єкти захисту. У зв'язку з перетворенням України у демократичну і соціальну державу, кримінальне законодавство повинно спрямовуватись в першу чергу на захист людини і громадянина. Зокрема С. Кулинич та А. Волков зазначають, що положення ст. 36 КК України є втіленням у кримінальне законодавство конституційних засад про права кожного на захист свого життя і здоров'я, гарантованої недоторканності житла, а також на захист будь-якої особи від злочинних посягань [56, с. 69]. Тому ми вважаємо, що при визначенні об'єкта необхідної оборони у ст. 36 КК України, який має право захищати особа від суспільно небезпечного посягання, потрібно його конкретизувати та вказати, що ним є в першу чергу «її життя і здоров'я, права і свободи, власність», а вже в другу чергу «суспільні інтереси». Вказані нами об'єкти безпосередньо визначені у

статті 27 Конституції України у якості основних. Згідно з цією статтею: «кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань» [45, с. 6]. У зв'язку з тим, що ст. 36 КК України є безпосереднім втіленням ст. 27 Конституції України у кримінальне право ми вважаємо, що об'єкти захисту при необхідній обороні повинні бути конкретизовані та визначатися у викладеній нами вище послідовності. Крім того потрібно зазначити, що у зв'язку із перетворенням України у демократичну державу, відпала необхідність визначати об'єктом захисту у необхідній обороні «державні інтереси», оскільки захист державних інтересів в теперішній час покладено на розгалужену систему державних органів та їх посадових осіб, які можуть здійснювати його в т.ч. шляхом застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, що вже розглядалося у цьому підрозділі.

Також незрозумілою у визначенні поняття необхідна оборона за ст. 36 КК України з погляду правил юридичної техніки є фраза «необхідна оборона це дії, вчинені з метою...шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди». Так, якщо підійти до поняття «необхідна оборона» з такої точки зору, то можна зазначити, що дії особи, яка захищається не можуть бути вчинені «шляхом заподіяння шкоди», вони повинні бути «спрямовані на заподіяння шкоди». Тому вищевказане формулювання в ст. 36 КК України необхідно змінити наступним чином: «необхідна оборона це дії, вчинені з метою...спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди», тобто заподіяння шкоди виступає як можливий результат цих дій, який в певних випадках може бути. Вважаємо, що вказане тлумачення з погляду правил юридичної техніки має важливе значення для правильного та грамотного формулювання юридичної конструкції поняття «необхідна оборона».

Відповідно до викладеного, у ч. 1 ст. 36 КК України поняття «необхідна оборона», ми пропонуємо визначити наступним чином: «Необхідною обороною визнаються дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди,

необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання».

II) По-друге це стосується проблеми визначення критеріїв наявності/відсутності перевищення меж необхідної оборони для особи, що захищається від суспільно небезпечного посягання у ч. 3 ст. 36 КК України. В теорії кримінального права не існує детального визначення поняття «перевищення меж необхідної оборони». При визначенні цього поняття в вітчизняному кримінальному праві посилаються на ч. 3 ст. 36 КК України, в якій зазначено, що «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту» [48, с. 85].

В той же час в науці кримінального права існують різні визначення цього поняття. Так Н. Н. Паше-Озерський зазначає, що перевищення меж необхідної оборони полягає в тому, що особа, яка знаходиться у стані необхідної оборони, здійснює надмірний захист і в процесі оборони заподіює особі, що посягає, шкоду, яка не сумісна з характером і небезпекою посягання та не виправдовує важливості охоронюваних інтересів [98, с. 92]. М. І. Якубович вказує, що перевищення меж необхідної оборони має місце в тому випадку, якщо особа, що обороняється, застосовує такі засоби захисту, які явно не обґрунтовані ні характером нападу ні реальною обстановкою і закінчуються, як правило, або позбавленням життя нападника, або заподіянням йому важкого чи менш важкого тілесного ушкодження. Більш просте визначення дає Ю. В. Баулін: «Перевищення меж необхідної оборони – це завідоме спричинення особі, що посягає тяжкої шкоди (смерті або тяжких тілесних ушкоджень), яка явно неспіврозмірна з небезпечністю посягання чи явно не відповідає обстановці захисту» [5, с. 259].

Проаналізувавши ці визначення можна зробити висновок, що в них при характеристиці наявності/відсутності перевищення меж необхідної оборони робиться акцент на наявності або відсутності тяжкої шкоди, яка заподіюється особі, що посягає. Така тенденція існує і у слідчій та судовій практиці. Зокрема в деяких випадках при розгляді питання про наявність/відсутність в діях особи, що

захищається перевищення меж необхідної оборони, слідчі органи та суди першої інстанції оцінюють межі необхідної оборони з точки зору наявності чи відсутності спричинення особі, що посягає тяжкої шкоди або позбавлення її життя і якщо такі наслідки оборонних дій є, то дії особи, що захищається в таких випадках кваліфікуються як перевищення меж необхідної оборони за статтями 118 і 124 КК України. При цьому не враховуються інші обставини конкретного випадку захисту, зокрема можливість і правомірність вчинення саме таких оборонних дій особою, що захищається, які призвели до вищевказаних наслідків і які, на нашу думку, можуть бути не менш важливими при вирішенні цього питання. В результаті це призводить до скасування судових рішень судами вищих інстанцій. Так, наприклад, вироком Підволочиського районного суду Г. було засуджено за те, що під час захисту від М. і В., які почали безпричинно його бити, він перевищивши межі необхідної оборони, вдарив М. ножом і заподіяв йому тяжкі тілесні ушкодження. Однак, вирішуючи питання про наявність у діях Г. перевищення меж необхідної оборони, суд не врахував інших обставин справи, а саме: напад на Г. було вчинено на безлюдній вулиці і раптово; напад на Г. здійснили двоє молодих і фізично здорових людей М. і В., сам же Г. був фізично слабкий, оскільки переніс інфаркт та операцію на нозі; М. і В. безпричинно побили Г., незважаючи на те, що він їх попередив, що захищатиметься за допомогою ножа. За таких обставин Г. був вправі захищатися наявними у нього засобами, в тому числі із застосуванням ножа, бо інших предметів для відбиття нападу хуліганів у нього не було. Постановою Тернопільського обласного суду, в якій були враховані ці обставини, вирок щодо Г. був скасований і провадження у справі було закрито через відсутність в його діях складу злочину [105]. Тобто, в даному випадку, Підволочиський районний суд при розгляді питання про перевищення Г. меж необхідної оборони зосередився виключно на заподіянні Г. тяжких тілесних ушкоджень М. і не врахував інші важливі обставини справи.

В той же час в кримінально-правовому регулюванні інституту необхідної оборони деяких зарубіжних країн існує більш розширена концепція оцінки таких оборонних дій, при якій правомірність необхідної оборони особи, що захищається, оцінюється, в першу чергу, з точки зору співмірності її дій із небезпечністю

посягання і обстановкою захисту, а заподіяння шкоди виступає як додатковий наслідок таких дій. Так, згідно з ст. 122-5 КК Франції не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка при злочинному посяганні на неї або на інших осіб вчинює в той самий час дії, продиктовані необхідністю захисту себе чи інших осіб, за винятком невідповідності між використаними засобами захисту і серйозністю посягання [114, с. 130]. В Англії Законом «Про кримінальне право» передбачено, що необхідна оборона здійснюється шляхом застосування особою розумної фізичної сили для захисту себе, іншої особи та майна [68, с. 61; 153, с. 109].

Ми вважаємо, що подібна концепція повинна мати закріплення у нашому кримінальному законодавстві. Тобто, при теоретичному визначенні та практичному розгляді питання про наявність/відсутність перевищення меж необхідної оборони, слідчі та суди повинні визначати в першу чергу правомірність оборонних дій особи, що захищається від суспільно небезпечного посягання, які мають бути необхідними і достатніми для негайного відвернення чи припинення такого посягання, а не тільки розмір завдання шкоди особі, що посягає (побої, легкі, середні або тяжкі тілесні ушкодження, смерть та ін.), який повинен розглядатися лише як наслідок таких оборонних дій, що може як виникнути, так і не виникнути [84, с. 380-381]. Так, наприклад, якщо суд визнає правомірним, що особа при груповому нападі на неї, за наявних під час нападу обставин та фактів, мала право відмахнутися ножом від нападаючих, то наслідки такого удару (розмір завданих таким ударом тілесних ушкоджень), на нашу думку, не повинні принципово впливати на кваліфікацію правомірності необхідної оборони та відсутності перевищення її меж, навіть якщо один із нападаючих в момент удару, випадково нахилившись вперед, отримав удар у шию замість тулуба, і від цього удару ножом помер.

Наприклад, М. на подвір'ї свого будинку під час сварки з Л., яка образила його і вдарила рукою в обличчя, з метою запобігти її подальшим неправомірним діям відштовхнув її від себе, внаслідок чого вона впала і від удару об асфальт одержала перелом шийки правого стегна зі зміщенням, що спричинило їй тяжкі тілесні ушкодження. За вироком Старобешівського районного суду Донецької області М. заподіяв потерпілій тяжке тілесне ушкодження при перевищенні меж

необхідної оборони і його було засуджено на один рік виправних робіт без позбавлення волі. Однак, під час судового засідання М. заперечував свою винність, показав що Л. почала сваритися з ним за межу земельних ділянок, потім ударила його рукою в обличчя, заподіявши садна (які згідно з висновком судово-медичної експертизи було віднесено до легких тілесних ушкоджень), а коли спробувала вдарити ще раз, він відштовхнув її від себе і вона впала на асфальт. Згідно з поясненнями Л. після того, як вона ударила М. в обличчя, останній схопив її за плече і відштовхнув, від чого вона впала й одержала тілесне ушкодження. Верховний Суд України, врахувавши ці обставини та факти, скасував рішення районного суду і справу щодо М. було закрито за відсутністю в його діях складу злочину [147]. Таким чином, в цьому рішенні Верховного Суду України основна увага приділялась не наслідкам діяння М. – тяжким тілесним ушкодженням Л., а всім обставинам та фактам, що супроводжували цю подію і дали можливість оцінити правомірність оборонних дій М. (можливість відштовхнути Л. від себе), а не їх наслідки (падіння Л. та отримання нею тілесних ушкоджень) і зробити правильний висновок про відсутність в діях М. перевищення меж необхідної оборони.

Тому, враховуючи викладенні обставини та судову практику, яка має певне накопичення, ми вважаємо за доцільне запропонувати викласти перевищення меж необхідної оборони у ч. 3 ст. 36 КК України наступним чином: «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту» [84, с. 381-382]. В даному визначенні основний акцент робиться саме на фразі про «умисне вчинення особою, що захищається дій...», а не про «умисне заподіяння тому, хто посягає тяжкої шкоди...», що закріплено в діючому КК України. Відповідно до цього поняття «перевищення меж необхідної оборони» можна визначити як «умисне вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту». На нашу думку саме таке визначення повинно спрямувати

основну увагу при аналізі питання про перевищення меж необхідної оборони на оборонні дії особи, що захищається, а вже потім на завдання шкоди, як можливий (додатковий) наслідок таких дій [84, с. 382].

При оцінці вчинення оборонних дій особи, що захищається, також потрібно враховувати їх відповідність суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту. Відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» суди повинні враховувати не лише відповідність чи невідповідність знярядь захисту і нападу, а й характер небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, та обставини, що могли вплинути на реальне співвідношення сил, зокрема: місце і час нападу, його раптовість, неготовність до його відбиття, кількість нападників і тих, хто захищався, їхні фізичні дані (вік, стать, стан здоров'я) та інші обставини [102, с. 32].

На основі цього можливо зазначити, що загальними критеріями правомірності оборонних дій особи, що захищається, є суспільна небезпечність посягання та обстановка захисту. Суспільна небезпечність посягання, на нашу думку, визначається: а) об'єктом посягання (наприклад при посяганні на життя особа, що захищається, може здійснювати оборонні дії, направлені на позбавлення життя нападника, однак при посяганні на власність, наприклад крадіжці гаманця, здійснення оборонних дій, направлених на позбавлення життя крадія є явним перевищенням необхідної оборони); б) фізичними даними особи, що посягає (зріст, вага, статура, вік, стать); в) наявністю і використанням тим, хто посягає, зброї для нападу (холодної, травматичної, вогнепальної); г) кількістю осіб, що посягають. Обстановка захисту, на нашу думку, визначається такими загальними критеріями: а) фізичними можливостями особи, що захищається (вік, стать, вага, зріст, стан здоров'я); б) обстановкою, в якій відбувалося посягання (в житлі особи, на вулиці, світлий або темний час); в) психічним станом, в якому перебувала особа, що захищалася (наприклад в стані сильного душевного хвилювання). Вказані нами критерії є загальними, на основі яких в кожному конкретному випадку потрібно визначати правомірність здійснення особою оборонних дій від суспільно небезпечного посягання.

III) По-третє це стосується проблемних моментів кримінально-правового регулювання спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України при захисті особи від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку.

Так, аналізуючи ст. 36 КК України можна визначити, що необхідна оборона може поділятися на декілька видів: а) загальну (має місце тоді, коли особа зіткнулася із «звичайним» суспільно небезпечним посяганням без будь-яких особливостей і здійснює захисні дії, які відповідають небезпечності посягання та обстановці захисту, відповідно до ч. 1 ст. 36 КК України); б) виключну (пов'язана із психічним ставленням особи, що захищається до суспільно небезпечного посягання, яке може викликати у неї сильне душевне хвилювання, відповідно до ч. 4 ст. 36 КК України. В такому випадку особа, що захищається взагалі не може підлягати кримінальній відповідальності, оскільки вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту); в) спеціальну (має місце тоді, коли особа зіткнулася із посяганнями, які в силу своїх особливостей становлять підвищену суспільну небезпеку і перелік яких закріплений у ч. 5 ст. 36 КК України. При захисті від таких посягань особа, що захищається має право застосовувати будь-які засоби захисту, в тому числі і зброю та не підлягає кримінальній відповідальності за перевищення меж необхідної оборони незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяла тому, хто посягає). Частина 5 ст. 36 КК України викладає ці положення наступним чином: «не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає».

Аналізуючи ч. 5 ст. 36 КК України можна зазначити, що спеціальні випадки необхідної оборони мають місце при захисті від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку і до цих випадків відносяться захист від: 1) нападу озброєної особи; 2) нападу групи осіб; 3) протиправного насильницького вторгнення в житло або інше приміщення особи. Про те, що ці випадки захисту є спеціальними видами необхідної оборони, зазначають В. В. Сташис та В. Я. Тацій [51, с. 301], а П. Л. Фріс

визначає їх як «ситуації підвищеної небезпеки для особи, яка була піддана нападу», при яких можливе застосування крайніх заходів [150, с. 261]. При спеціальних випадках необхідної оборони законодавець дозволяє використовувати особі, що захищається зброєю або будь-які інші засоби і заподіяна нею шкода, згідно ч. 5 ст. 36 КК України, повинна у будь-якому випадку визнаватись правомірною.

Однак, незважаючи на те, що ч. 5 ст. 36 КК України прямо зазначає, що в зазначених вище випадках відсутнє перевищення меж необхідної оборони, вони ні в КК України ні в Пленумі Верховного Суду «Про судову практику у справах про необхідну оборону» не конкретизовані, що призводить до досить рідкого застосування їх на практиці. Тому, на нашу думку, доцільно більш детально розглянути та проаналізувати ці спеціальні випадки необхідної оборони із вивченням зарубіжного досвіду з цього питання, зокрема кримінального законодавства США, в якому існує кримінально-правове регулювання подібних випадків необхідної оборони.

Відповідно до кримінального законодавства США захист (необхідна оборона) здійснюється шляхом застосування фізичної сили, яку можна поділити на: смертельну (вбивство нападаючого чи нанесення тяжкої шкоди його здоров'ю) і звичайну. Спеціальним випадкам необхідної оборони, передбаченим ч. 5 ст. 36 КК України у кримінальному праві США відповідає застосування смертельної фізичної сили. Згідно КК штату Нью-Йорк застосування смертельної фізичної сили можливо, коли особа, що захищається, розумно передбачає, що нападник застосовує або ось-ось почне застосовувати смертельну фізичну силу, а також у випадках, коли:

- а) особа вчиняє або намагається вчинити вбивство, викрадення людини, зґвалтування чи пограбування;
- б) особа намагається вчинити берглері (незаконне проникнення до житла з метою вчинити злочин);
- в) особа, на яку напали знаходиться у своєму житлі і не є початковим агресором;
- г) особа, на яку напали є працівником поліції, посадовою особою, що наглядає за дотриманням громадського порядку, або особою, яка першою надала допомогу [153, с. 110; 20, с. 121].

Розглядаючи ці випадки можна зробити висновок, що у кримінальному праві США передбачений більший перелік спеціальних випадків, під час яких особа має право наносити тяжку шкоду здоров'ю нападаючого, застосовуючи при цьому смертельну фізичну силу. Це можна зробити під час вчинення таких злочинів, як викрадення людини (ст. 146 КК України), зґвалтування (ст. 152 КК України), пограбування (ст.ст. 186, 187 КК України), захисту житла від берглері та захисту нерухомого майна від підпалу.

Особливо цікавим є випадок захисту особою свого житла від берглері (незаконного проникнення до нього з метою вчинити злочин). У ч. 5 ст. 36 КК України йому відповідає випадок «попередження протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи», під час якого захист можливий із застосуванням зброї і нанесенням тяжкої шкоди здоров'ю нападника. Однак, цей випадок не враховує можливості агресора увійти до житла звичайним або оманним шляхом (наприклад сусіда по якій-небудь справі, особи, яка відрекомендувалась працівником соціальних служб чи працівником правоохоронних органів) і подальшого намагання після проникнення до житла вчинити тяжкий злочин у ньому. При такій ситуації положення про можливість нанесення при необхідній обороні тяжкої шкоди нападнику діяти не будуть, оскільки момент вторгнення до житла пройшов не протиправно. Тому, на нашу думку, перелік спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України потрібно доповнити наступним – «захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі», правомірність якого повинна залежати від оцінки того факту, чи дійсно особа, що посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи чи ні. Якщо особа, яка посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи, то захист від її посягання, незалежно від тяжкості завданої їй шкоди, на нашу думку не повинен вважатися перевищенням меж необхідної оборони [81, с. 533].

Наведемо на підтвердження наших аргументів приклад з практики: так, 08 червня 2001р. о 20 год. до будинку, де С. мешкав із своєю сім'єю зайшов П. у стані алкогольного сп'яніння. Коли С. запропонував йому піти проспатися, П. почав йому погрожувати, вихопив із рук С. металеву товкачку, а потім наніс С. один удар

кулаком у груди, після чого схопив сокиру, але С. вибив її з рук. Продовжуючи небезпечне посягання, П. вдарив С. кулаком в обличчя і намагався продовжити побиття, але С. вирвався і, схопивши ніж зі столу, почав розмахувати ним перед П. Однак, П. продовжував наступати і наносити удари С., під час яких С. завдав П. удару ножем і внаслідок проникаючого поранення грудної клітини з пораненням стінки гирла аорти П. помер. Вироком районного суду Сумської області від 5 жовтня 2001р. С. засуджено за умисне вбивство по ч. 1 ст. 115 КК України із застосуванням ст. 69 КК України на 5 років позбавлення волі. Ухвалою Верховного Суду України дії С. були перекваліфіковані на ст. 118 КК України (умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони) і покарання йому було змінено до 2 років позбавлення волі, оскільки він, захищаючи себе і свою сім'ю від суспільно небезпечного посягання у своєму житлі, застосував таке зброя, яке не відповідало небезпечності посягання та обстановці захисту [121, с. 74-75]. Тобто, в даному випадку, суд дійшов висновку про наявність в діях П. перевищення меж необхідної оборони у зв'язку з тим, що С. увійшов до житла П. не протиправно із-за чого немає підстав для застосування спеціального випадку «попередження протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи», за якого можливо нанесення будь-якої шкоди нападнику. Ми вважаємо, що в даному випадку покарання до С. застосовано невиправдано сурове, оскільки хоча П. і пройшов до житла С. з дозволу господаря, однак почавши в ньому бійку, схопивши небезпечні предмети (товкачку, сокиру) та, спробувавши здійснити суспільно небезпечне посягання у житлі С., він створив реальну загрозу не тільки С., а і його сім'ї (дружині з дітьми), які знаходилися у житлі. Цей приклад з практики наочно підтверджує необхідність доповнення спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України випадком «захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі», при якому необхідна оборона повинна визнаватись правомірною незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

Крім того, нам потрібно визначити саме поняття «протиправного насильницького вторгнення до житла», оскільки, як зазначають окремі автори, при цих діях не враховуються мотив і мета такого вторгнення у житло чи інше

приміщення, а вони можуть бути різними. Якщо припустити, що це не має значення, тоді законодавець повинен був у ч. 5 ст. 36 КК України застосовувати формулу: «...вторгнення у житло чи інше приміщення з будь-якою метою» замість «протиправного насильницького вторгнення до житла» [160, с. 194]. В КК України існує стаття 162 «Порушення недоторканості житла», яка визначає кримінальну відповідальність за незаконне проникнення до житла або іншого володіння з метою вчинити в них огляд, обшук або незаконне виселення особи. На нашу думку, під «протиправним насильницьким вторгненням до житла» при необхідній обороні потрібно розуміти протиправне проникнення особи до житла чи іншого приміщення шляхом подолання перешкод або опору людей з метою вчинити в ньому злочин [82, с. 116-117]. Відповідно, право на необхідну оборону під час захисту особи від суспільно небезпечного посягання у житлі за ч. 5 ст. 36 КК України виникає: 1) з початку здійснення дій, направлених на насильницьке вторгнення до житла; 2) коли особа, зайшла до житла зі згоди господаря і почала вчиняти в житлі тяжкий злочин. Відповідно, право на необхідну оборону закінчується: 1) коли особа припинила насильницьке вторгнення до житла або здійснення у ньому тяжкого злочину; 2) коли особа, в силу свого безпомічного стану, не може продовжувати насильницьке вторгнення до житла або здійснення у ньому тяжкого злочину. Таким чином ми визначили момент початку та закінчення виникнення стану необхідної оборони при захисті особи від «протиправного насильницького вторгнення до житла» та від «здійснення тяжкого злочину у її житлі».

Іншим спеціальним випадком необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України на який потрібно звернути увагу є «захист від нападу озброєної особи». Ми вважаємо, що в ч. 5 ст. 36 КК України його необхідно переформулювати на випадок «захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин», оскільки, по-перше підставою необхідної оборони є не тільки суспільно небезпечне посягання, а і реальна загроза його здійснення та, по-друге, озброєна особа може і не нападати на потерпілого, а, погрожуючи застосуванням зброї, створювати реальну загрозу його життю і здоров'ю, вимагати щоб потерпілий сів у машину з метою його викрадення чи вчиняти інші протиправні дії відносно потерпілого.

Слово «напад» значно обмежує в таких випадках ініціативу потерпілого при нанесенні тяжкої шкоди особі, що посягає. Вказана позиція підтверджується також матеріалами з практики: 29 лютого 2004 р. вдень Ш. побачив, що на його подвір'я зайшов сусід Б., який почав розмахувати сокирою перед його матір'ю і погрожувати їй розправою. Побоюючись за життя матері, він схопив дерев'яний держак від лопати, вибив ним сокиру з рук Б. і, після цього, ударив держаком його по голові, чим заподіяв Б. тяжкі тілесні ушкодження. Звенигородський районний суд Черкаської області вироком від 26 травня 2005 р. засудив Ш. за умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень по ч. 1 ст. 121 КК України на п'ять років позбавлення волі, оскільки Б. лише погрожував його матері сокирою, але не нападав на неї. Ухвалою Верховного Суду України дії Ш. були перекваліфіковані на ст. 124 КК України (заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони) і покарання йому було змінено до 2 років обмеження волі, оскільки Ш., сприйнявши дії озброєного сокирою Б. як реальну загрозу життю і здоров'ю матері, при цьому перевищив межі необхідної оборони. Це виразилось у тому, що після того, як він держаком вибив з рук Б. сокиру, посягання останнього було відвернене і завдання Ш. нового удару по голові Б., який призвів до тяжких тілесних ушкоджень, не було викликано необхідністю [121, с. 78-79]. В даному випадку позиція Верховного Суду України повністю збігається із нашими міркуваннями, щодо можливості застосування необхідної оборони під час погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин.

На підставі викладеного та з урахуванням запропонованих нами доповнень до спеціальних випадків необхідної оборони, ми вважаємо, що ч. 5 ст. 36 КК України «Необхідна оборона» можливо викласти у наступній редакції: «Не є перевищенням меж необхідної оборони й не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає» [81, с. 534; 82, с. 117].

Узагальнюючи все вищезазначене, ми можемо зробити висновок про можливість визначення у системі обставин, що виключають злочинність діяння певної групи – «обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання» та необхідність покращення окремих аспектів їх кримінально-правового регулювання в діючому КК України за рахунок викладених нами положень. На нашу думку такі нововведення допоможуть покращити механізм кримінально-правового регулювання «обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання» та стануть певним кроком вперед у напрямку розширення конституційного права особи на захист свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності від протиправних посягань.

Висновки до розділу I.

Проаналізувавши розділ I «Історія розвитку та сучасний стан обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання» ми дійшли наступних висновків:

1) Визначено, що необхідна оборона з'явилася у зв'язку із необхідністю законодавчого закріплення захисту особи від вбивства. Було встановлено, що перші згадки про необхідну оборону містилися в договорах князів Олега та Ігоря з Візантією 911 та 945 років. Хоча спеціального визначення необхідної оборони в цих договорах не було, однак право необхідної оборони тісно перепліталось із кровною помстою і виступало у формі дозволу на розправу на місці злочину. Саме поняття «необхідна оборона» вперше набуло законодавчого закріплення у Воїнських статутах 1716 р. та Морському уставі 1720 р. Петра I, де вона називалася «потрібний захист» і розумілася виключно як право вбивства особи, що нападала.

2) Досліджено, що сучасне визначення необхідної оборони та умов її правомірності було сформовано за радянського періоду. Спочатку необхідна оборона визнавалася допустимою лише при захисті особи, що оборонялася, або інших осіб (1919р.), а у подальшому до об'єктів її захисту були включені: права того, хто оборонявся, чи права інших осіб (1922р.), державні інтереси (1924 р.),

суспільні інтереси (1958 р.). Відповідно до ст. 15 КК УРСР 1960 року необхідною обороною «визнаються дії, вчинені з метою захисту інтересів чи прав особи, яка захищається, або іншої особи, інтересів суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання шляхом завдання шкоди тому, хто посягає, якщо такі дії були зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання». На підставі цього визначення сформовано сучасне визначення необхідної оборони у КК України 2001 р., доповненням до якого стали положення про «заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання».

3) Досліджено, що уявна оборона, на відміну від необхідної оборони, не мала законодавчого закріплення у кримінальному законі до середини XIX століття і лише в 1845 році була визначена в Уложенні про покарання кримінальні та виправні як «випадкова помилка або обман». Сучасна конструкція уявної оборони була сформована на основі тлумачень судової практики про мниму оборону у Постановах Пленуму Верховного Суду СРСР 1956, 1969, 1984, 1991 років і остаточно визначилась у ст. 37 КК України 2001 року.

4) Встановлено, що захист посадових осіб держави (дружинників, караульних, військових, довбишів, жандармів, поліцейських, міліціонерів) від суспільно небезпечних посягань передбачався у законодавчих актах на протязі всієї історії розвитку української держави. Загалом ці норми спочатку структурно входили до норм про необхідну оборону, а вже з 1879 року існували самостійно і визначали випадки та особливості застосування спеціальними категоріями державних службовців фізичної сили та зброї. Основний розвиток законодавства про застосування фізичної сили та вогнепальної зброї поліцією відбувся у радянський період і визначився 8 червня 1973 р. Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про загальні обов'язки та права радянської міліції по охороні громадського порядку та боротьбі зі злочинністю», на підставі якого сформовані сучасні підстави і порядок застосування фізичної сили та зброї у Законі України «Про міліцію».

5) Визначено, що у системі обставин, що виключають злочинність діяння, можна виділити певну групу, яка характеризується спільною правовою підставою –

захистом від суспільно небезпечного посягання. До такої групи обставин автором зараховано необхідну оборону, уявну оборону які закріплені в КК України, а також захист працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань шляхом застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. Спільною рисою для вказаних вище обставин, яка дозволяє автору поєднати їх у одну групу є правова підстава, на основі якої вони здійснюються – суспільно небезпечне посягання, яке направлене на заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особи, що захищається, або іншої особи, суспільним інтересам чи інтересам держави.

б) Встановлено, що закон прямо не визначає таке суспільно небезпечне посягання злочином, оскільки правомірним визнається захист не тільки від діяння, яке в кримінально-правовому значенні є злочином, а і від суспільно небезпечного посягання неосудної особи або особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Такі суспільно небезпечні посягання у зв'язку з відсутністю «свідомого» суб'єкта не визнаються злочином, але мають необхідний характер і ступень суспільної небезпеки.

РОЗДІЛ II

НЕОБХІДНА ТА УЯВНА ОБОРОНА У СИСТЕМІ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

2.1. Кримінально-правове регулювання необхідної оборони у сучасному кримінальному праві України.

Конституція України визнає необхідну оборону одним із фундаментальних прав людини. Відповідно до ст. 27 Конституції України кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань [45, с. 6]. Стаття 55 Конституції закріплює, що кожна людина має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань [45, с. 11].

Слід підкреслити, що закріплене Конституцією України право кожного на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань на свої права і свободи, своє життя і здоров'я, життя й здоров'я інших людей є важливою гарантією реалізації конституційних положень про непорушність прав та свобод людини й громадянина, про невід'ємність права кожної людини на життя, про недоторканність її житла й майна, а також забезпечує умови для захисту громадських і державних інтересів.

Відповідно до ст. 36 КК України необхідна оборона це дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання [48, с. 85].

В науці кримінального права поняття необхідна оборона визначається по різному. Так Ю. В. Баулін визначав необхідну оборону як захист громадянином правоохоронюваних інтересів особи, суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання, викликаний необхідністю його запобігання або припинення шляхом негайного нанесення посягаючому шкоди, яка відповідає небезпечності посягання та обстановці захисту [5, с. 257-258]. В. Я. Тацій визначає

необхідну оборону як правомірний захист правоохоронюваних інтересів особи, суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання, викликаний необхідністю його негайного відвернення або припинення шляхом заподіяння тому, хто посягає шкоди, що відповідає небезпечності посягання й обстановці захисту [51, с. 293]. Існують і інші визначення поняття «необхідна оборона» з опором на законодавство англо-американських країн, зокрема, наприклад, Я. В. Мочкош формулює його, як «...застосування фізичної сили, необхідної і достатньої у даній обстановці, можливо з використанням зброї чи зброї, для відвернення або припинення насильницького посягання, з метою захисту життя і здоров'я, власності, прав і свобод особи, яка захищається, чи іншої людини, якщо при цьому не було перевищено меж захисту» [71, с. 98].

Проаналізуємо поняття, ознаки та умови правомірності необхідної оборони (захисту) у кримінальному законодавстві зарубіжних країн.

У кримінальному праві континентальних (романо-германських) країн існують наступні норми про необхідну оборону. Необхідна оборона за КК Франції є підставою ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення. Згідно з ст. 122-5 КК Франції необхідною обороною визнається вчинення дій особою, що піддалася необґрунтованому посяганням у відношенні себе або інших осіб, які викликані необхідністю правомірного захисту себе чи інших осіб, за виключенням випадків явної невідповідності між використаними засобами захисту і тяжкістю посягання. Окремо зазначається про необхідну оборону під час захисту власності, яка можлива при відповідності засобів захисту тяжкості злочинного діяння, та за виключенням вчинення умисного вбивства особи, яка посягає [114, с. 130; 53, с. 34].

Необхідна оборона відповідно до параграфу 32 КК ФРН це захист, який потрібен для того, щоб відвернути наявний протиправний напад на себе або когось іншого. Із цього визначення випливає що для стану необхідної оборони кодекс передбачає такі ознаки як наявність і протиправність. Ознака наявності передбачає собою реальність, а протиправність допускає можливість захисту не тільки від осіб, що діють виходячи зі своїх інтересів, але і від офіційних осіб (представників влади). Закріплене у КК ФРН поняття необхідної оборони надає

широкі можливості для визначення судом змісту об'єктів, що захищаються цією нормою. «Напад на себе» цілком допускає включення в це поняття майна, яке перебувало у особи, що піддалась нападу, а поняття «кого-небудь іншого» допускає, щоб в нього були включені не тільки інша особа, а й інші об'єкти: громадський порядок, власність іншої особи і т.д. [114, с. 131; 154, с. 229].

Кримінальний кодекс Іспанії розглядає необхідну оборону як захист від нападу та в стані необхідності. Так, особа звільняється від кримінальної відповідальності при захисті себе або своїх прав, при захисті іншої особи або її прав. При цьому вимагається дотримання трьох умов.

Першою умовою правомірності захисту є протиправність нападу. Протиправний напад допускає захист чужої власності, якщо посягання на неї містить ознаки складу злочину або проступку. При цьому повинна створюватися серйозна небезпека для цієї власності або вона виявляється втраченою. Захист допускається від незаконного проникнення до житла або споруди та проти перебування в них, що закон вважає протиправним нападом. Таким чином протиправним нападом вважається напад на людину, власність, проникнення до житла або споруди та перебування в них.

Другою умовою правомірності захисту від нападу є наступна вимога: спосіб захисту, який використовується для попередження або припинення злочину чи проступку повинен відповідати розумній необхідності. Категорія розумності – це категорія оціночна, яка в багатьох випадках виноситься на розсуд суду.

Третьою умовою правомірності захисту є відсутність провокації з боку особи, що захищається. Із цього правила випливає, що провокація нападу виключає правомірність захисту [39, с. 74; 114, с. 132].

За кримінальним законодавством Швейцарії (ст. 33 КК) необхідна оборона має місце, якщо на кого-небудь неправомірно нападають або комусь безпосередньо загрожують нападом. Для способів відбиття нападу вказано ознаки – відповідність обставинам нападу.

Кримінальний кодекс РФ (ст. 37) визначає необхідну оборону як захист особою себе, своїх прав, або прав інших осіб, охоронюваних законом інтересів

суспільства чи держави від суспільно небезпечного посягання, якщо це посягання було пов'язане з насильством, небезпечним для життя особи, що обороняється або іншої особи, або з безпосередньою загрозою застосування такого насильства [139].

По іншому розглядається необхідна оборона в кримінальному праві англо-американських країн [132, с. 7]. В Англії необхідна оборона регулюється «загальним правом» та Законом «Про кримінальне право» 1967 року. Особа, яка діє в рамках самооборони, захисту іншої особи чи захисту майна, або для попередження порушення громадського порядку, незаконного позбавлення волі чи протиправного порушення права володіння може скористатися як захистом, передбаченим загальним правом, так і захистом, передбаченим Законом «Про кримінальне право» 1967 року. При цьому, в деяких випадках захист можливий лише по загальному праву, наприклад коли дії нападаючого, проти якого застосовувалась фізична сила не є злочином, оскільки йому не виповнилось 14 років [68, с. 61].

Законом «Про кримінальне право» передбачено, що необхідна оборона це застосування особою фізичної сили в розумних межах для попередження та припинення злочину, або при здійсненні законного арешту правопорушника чи підозрюваного, або під час надання допомоги в такому арешті [131, с. 14]. Тобто особа має право застосовувати силу в розумних межах для захисту себе, іншої особи та майна. Закон передбачає можливість позбавлення життя нападаючого в разі захисту від felony (тяжкого злочину – вбивства, зґвалтування, розбою та ін.). Питання про те, чи була застосована сила розумно допустимою при даних обставинах, включає у собі два аспекти: а) чи виправдано застосування сили взагалі в даній ситуації; б) чи могла «розумна людина», що опинилася в подібній ситуації, визначити, яка сила є в цій ситуації допустимою [71, с. 97].

В кримінальному законодавстві США питання необхідної оборони регулюється розділом 18 Зводу законів США та кодексами штатів. Найбільш вдалим серед кримінальних кодексів штатів є Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк 1967 року. Відповідно до параграфу 35.15 КК штату Нью-Йорк необхідна оборона це застосування особою фізичної сили до нападаючого тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що це необхідно для захисту себе або третьої особи від

застосування чи наявної загрози застосування протиправної фізичної сили з боку нападаючого [68, с. 62-63].

Умови правомірності застосування фізичної сили визначаються в залежності від виду фізичної сили, що застосовується (смертельна або звичайна) і загалом містять критерій «розумності», тобто коли особа розумно вважає, що застосування сили є необхідним для захисту від незаконного посягання або спроби такого посягання. Критерій «розумності» є оціночним критерієм і в кожному конкретному випадку визначається судом з огляду на концепцію «розумної людини».

В Кримінальному праві Японії необхідна оборона називається правомірною обороною. Відповідно до ст. 36 КК Японії правомірна оборона це вимушене діяння особи для захисту своїх прав або прав іншої особи вчинене від безпосередньої загрози неправомірної шкоди. Відповідно основними ознаками правомірної оборони за кримінальним законодавством Японії є: а) вимушеність діяння, тобто захисна дія є необхідною, а засіб її здійснення є належним; б) захист своїх або чужих прав. Права при цьому розглядаються широко – як інтереси, що захищаються законом, а під захистом розуміється безпосереднє усунення самої шкоди; в) захист від безпосередньої загрози неправомірної шкоди. Це означає, що «прямо перед очима» насувається шкода правовим інтересам і терміновість необхідна тому, що нанесення шкоди перебуває в стадії продовження. «Безпосередність загрози» означає «навислу» саме зараз небезпеку заподіяння шкоди правовим інтересам. «Неправомірність шкоди» означає, що шкода є протиправною з точки зору загальних правових норм [136, с. 474].

Аналізуючи вищезазначені положення необхідної оборони в кримінальному законодавстві зарубіжних країн, зокрема англо-американських, можна зазначити, що зарубіжне законодавство визначає поняття необхідна оборона досить стисло, однак при цьому головним об'єктом захисту у ній ставить особу, що захищається, її життя і здоров'я, права і свободи інших осіб та безумовно власність.

Проаналізувавши визначення поняття «необхідна оборона» у ст. 36 КК України потрібно вказати, що українське законодавство об'єктом захисту у необхідній обороні визначає «охоронювані законом права та інтереси особи, яка

захищається або іншої особи, суспільні інтереси та інтереси держави», що є на думку автора досить загальним формулюванням, яке не вказує на конкретні об'єкти захисту. У зв'язку з перетворенням України у демократичну і соціальну державу, кримінальне законодавство повинно спрямовуватись в першу чергу на захист людини і громадянина. Зокрема С. Кулинич та А. Волков зазначають, що положення ст. 36 КК України є втіленням у кримінальне законодавство конституційних засад про права кожного на захист свого життя і здоров'я, гарантованої недоторканності житла, а також на захист будь-якої особи від злочинних посягань [56, с. 69]. Тому ми вважаємо, що при визначенні об'єкта необхідної оборони у ст. 36 КК України, який має право захищати особа від суспільно небезпечного посягання, потрібно його конкретизувати та вказати, що ним є в першу чергу «її життя і здоров'я, права і свободи, власність», а вже в другу чергу «суспільні інтереси». Вказані нами об'єкти безпосередньо визначені у статті 27 Конституції України у якості основних. Згідно з цією статтею: «кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань» [45, с. 6]. У зв'язку з тим, що ст. 36 КК України є безпосереднім втіленням ст. 27 Конституції України у кримінальне право ми вважаємо, що об'єкти захисту при необхідній обороні повинні визначатися у викладеній нами вище послідовності. Крім того потрібно зазначити, що у зв'язку із перетворенням України у демократичну державу, відпала необхідність визначати об'єктом захисту у необхідній обороні «державні інтереси», оскільки захист державних інтересів в теперішній час покладено на розгалужену систему державних органів та їх посадових осіб, які можуть здійснювати його в т.ч. шляхом застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї.

Також незрозумілою у визначенні поняття необхідна оборона за ст. 36 КК України з погляду правил юридичної техніки є фраза «необхідна оборона це дії, вчинені з метою...шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди». Так, якщо підійти до поняття «необхідна оборона» з такої точки зору, то можна зазначити, що дії особи, яка захищається не можуть бути вчинені «шляхом заподіяння шкоди», вони повинні бути «спрямовані на заподіяння шкоди». Тому вищевказане формулювання в ст. 36 КК України необхідно змінити наступним чином: «необхідна оборона це дії,

вчинені з метою...спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди», тобто заподіяння шкоди виступає як можливий результат цих дій, який в певних випадках може бути. Вважаємо, що вказане тлумачення з погляду правил юридичної техніки має важливе значення для правильного та грамотного формулювання юридичної конструкції поняття «необхідна оборона».

Відповідно до викладеного, у ч. 1 ст. 36 КК України поняття «необхідна оборона», ми пропонуємо визначити наступним чином: «Необхідною обороною визнаються дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання».

На основі цього визначення ми можемо виділити наступні ознаки необхідної оборони: 1) це завжди активні дії особи. Необхідна оборона не може здійснюватися шляхом бездіяльності. У випадку, якщо особа для свого захисту встановила механічні та інші пристрої, які потім спрацювали і спричинили шкоду посягаючому, діями особи, через які вона реалізувала своє право на необхідну оборону, є встановлення таких пристроїв; 2) її метою є захист особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або захисту інших осіб, тобто соціально корисні цілі. За цією ознакою необхідна оборона відрізняється від злочинів, оскільки її мета відповідає інтересам суспільства і держави; 3) підставою для її застосування є вчинення особою суспільно небезпечного посягання або реальна загроза його здійснення; 4) вона спрямована на заподіяння тому, хто посягає шкоди. Шкода при необхідній обороні може бути тяжкою та нетяжкою. Тяжка пов'язана із заподіянням особі, що посягає смерті або тяжких тілесних ушкоджень, а нетяжка – із заподіянням легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень; 5) вона повинна бути необхідною і достатньою для негайного відвернення чи припинення посягання. Ця ознака в більшій мірі характеризує правомірність та дотримання меж необхідної оборони, тобто відповідність її тим положенням (умовам), які закріплені в законі.

В науці кримінального права існують й інші погляди стосовно ознак необхідної оборони. Так, наприклад П. Л. Фріс виділяє наступні ознаки необхідної оборони: 1) вчинення особою дій, які відповідають ознакам діяння, передбаченого чинним кримінальним законодавством як злочин; 2) здійснення цих дій при захисті від суспільно небезпечного посягання (у т. ч. злочину) на охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається, іншої особи, а також суспільні інтереси й інтереси держави; 3) заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої для негайного відвернення посягання чи його припинення; 4) відсутність у діях особи, які скоєні під час необхідної оборони суспільної небезпеки [150, с. 249-250].

Розглянемо юридичний склад необхідної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння. Юридичний склад необхідної оборони, як і будь-якого правомірного суспільно корисного вчинку, складається із наступних елементів: 1) правової та фактичної підстави; 2) суб'єкту; 3) об'єкту; 4) об'єктивної сторони; 5) суб'єктивної сторони.

Розпочнемо із підстави виникнення у особи права на необхідну оборону. Відповідно до ч. 1 ст. 36 КК України підставою для виникнення права на необхідну оборону є вчинення особою суспільно небезпечного посягання. Діяння, що не є суспільно небезпечним, ні за яких умов не може породжувати права на необхідну оборону. Суспільно небезпечним посяганням є злочинне діяння, ознаки якого передбачені у Кримінальному кодексі України. Закон прямо не визначає таке посягання злочином, оскільки правомірною вважається оборона не тільки від діяння, яке в кримінально-правовому значенні є злочином, а і від суспільно небезпечного посягання неосудної особи або особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Такі суспільно небезпечні посягання у зв'язку з відсутністю суб'єкта злочину не визнаються злочином.

Суб'єктами суспільно небезпечного посягання можуть бути будь-які особи: які досягли чи не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність; осудні та неосудні особи; приватні або посадові особи; одна особа або група осіб. В науковій літературі існують різні погляди щодо особливостей здійснення необхідної оборони проти посягань психічно хворих або малолітніх осіб. Зокрема, професор

Ю. М. Ткачевський вважає, що в таких випадках слід приймати заходи по ухиленню від посягання цієї категорії осіб, а якщо це неможливо, то намагатися спричинити їм мінімальну шкоду [125, с. 25]. На нашу думку, така позиція є недостатньо обґрунтованою, оскільки агресивність і небезпечність зазначених осіб буває набагато вищою, ніж психічно здорової чи повнолітньої людини. В практиці відомі випадки, коли вищезазначеними категоріями осіб неодноразово вчинялись навіть особливо тяжкі суспільно небезпечні діяння, тому захист від їх посягань повинен здійснюватися на такому же рівні, як і від посягань інших осіб [8, с. 87]. Таким чином захист при необхідній обороні допускається щодо будь-яких суспільно небезпечних діянь, в т. ч. необережних і навіть невинних, якщо ними створювалась реальна загроза заподіяння шкоди.

Об'єктом суспільно небезпечного посягання є життя і здоров'я, права і свободи, суспільні інтереси, а також власність. При цьому на практиці часто трапляються випадки, при яких суспільно небезпечне посягання спочатку спрямовується на один об'єкт, а вже в процесі його здійснення переходить на інший, що не завжди правильно тлумачиться судами як необхідна оборона. Наведемо з цього приводу приклад з практики: М., вийшовши до себе на город, застав там незнайомого йому Х., який викопував картоплю на його городі. У відповідь на зроблене М. зауваження, Х. схопив саперну лопату та накинувся з нею на М. Захищаючись, М. завдав Х. удар ногою в груди, після якого той залишився стояти, а М. упав на спину. Х. знову напав на нього, намагаючись вдарити саперною лопатою. Тоді М., лежачи на спині, завдав нападнику ногами удар в груди, від якого той впав на землю і підвівшись ще двічі вдарив Х. ногами по тулубу. В результаті захисних дій М., Х. отримав тяжкі тілесні ушкодження (прямий перелом грудини, непрямі переломи ребер, розрив печінки), що спричинили у подальшому його смерть.

Вироком Марійського районного суду Донецької області від 22 лютого 2001р. М. було засуджено за ч. 3 ст. 101 КК на п'ять років позбавлення волі. Ухвалою судової колегії в кримінальних справах Донецького обласного суду від 18 травня 2001 р. цей вирок залишено без зміни. Колегія суддів палати з кримінальних справ Верховного Суду України, у зв'язку з вчиненням М. діяння у стані необхідної

оборони, вирок Марійського районного суду Донецької області та ухвалу судової колегії в кримінальних справах Донецького обласного суду щодо М. скасувала, провадження у справі закрила на підставі п. 2 ст. 6 КПК – за відсутністю складу злочину [106, с. 27-29]. Цей приклад показує, що районний та обласний суди Донецької області при винесенні рішення про перевищення М. меж необхідної оборони помилилися відносно об'єкту посягання Х., вирішивши, що ним є власність М. і не оцінили той факт, що посягання Х., в процесі його здійснення, перейшло на інший об'єкт – життя і здоров'я М. За таких обставин М. вправі був захищатися вказаними вище засобами, оскільки він здійснював захист вже свого життя, а не майна.

Ю.В. Баулін розглядаючи необхідну оборону як обставину, що виключає злочинність діяння, виділяв правову та фактичну підставу необхідної оборони. Правовою підставою необхідної оборони є саме суспільно небезпечне посягання, яке направлене на спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам особи, що обороняється або іншої особи, суспільним інтересам чи інтересам держави. При цьому суспільно небезпечне посягання може бути здійснене особою як безпосередньо (наприклад спроба задушити жертву, вкрати майно і т.д.), так і з використанням спеціальних засобів, таких як зброї, механізмів і тварин. Використання спеціальних засобів свідчить про підвищену небезпеку посягання. Фактичною підставою необхідної оборони є викликана обстановкою захисту необхідність в негайному спричиненні особі, що посягає шкоди з метою попередження чи припинення суспільно небезпечного посягання. При цьому необхідність негайного спричинення шкоди тому, хто посягає має місце там і тоді, де і коли невжиття таких заходів по попередженню та припиненню посягання загрожує спричиненням явної і непоправної шкоди правоохоронюваним інтересам [5, с. 235-237].

Суспільно небезпечне посягання, як правова підстава необхідної оборони, може полягати не лише у нападі, але й у інших кримінально-правових діях, які не є нападом (наприклад крадіжка, згвалтування, хуліганство та інші). Деякі вчені, зокрема М. Й. Коржанський, вважають, що посягання повинно мати характер

нападу, який загрожує тяжкими наслідками [46, с. 219]. Однак з цим не можна погодитись, оскільки подібне твердження суттєво звужує право на необхідну оборону, зокрема від вищевказаних нами злочинів, таких як крадіжка, хуліганство, згвалтування та інших злочинів.

В науці кримінального права пропонується визнати суспільно небезпечним посяганням, щодо якого допускається необхідна оборона, і таке посягання, яке здійснюється бездіяльністю особи, наприклад, насильство матері, яка відмовляється годувати свою новонароджену дитину, або насильство щодо нетверезого водія, який створює аварійну обстановку [160, с. 190]. Наприклад, В. І. Ткаченко виділяв оборону від бездіяльності у самостійну обставину, що виключає злочинність діяння – примус до дії для виконання правового обов'язку [127, с. 11]. Однак, більшість науковців не поділяють дану точку зору, вважаючи, що це може призвести до збільшення випадків самоправства. На їхню думку, при припиненні суспільно небезпечної бездіяльності нанесення особі, що посягає шкоди не буде виступати як засіб негайного попередження чи припинення посягання і тому виникає стан крайньої необхідності або інших обставин, що виключають злочинність діяння [124, с. 21], а не необхідної оборони.

Крім того, відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» до підстави необхідної оборони відноситься також створення реальної загрози заподіяння шкоди. В абз. 2 п. 2 цієї постанови зазначено, що «...стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподіяння шкоди. При з'ясуванні наявності такої загрози необхідно враховувати поведінку нападника, зокрема спрямованість умислу, інтенсивність і характер його дій, що дають особі, яка захищається, підстави сприймати загрозу як реальну» [102, с. 31]. Таким чином оборона можлива і до початку фізичних дій особи, що посягає – з моменту, коли виникла реальна загроза посягання.

Розглянемо таку підставу необхідної оборони на прикладі з практики: Т. у компанії друзів відпочивав на березі моря. В цей час до них підійшли раніше

незнайомі їм Г. та Д., які перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, вимагали поїхати з ними до села по горілку, пропонуючи свій бензин. На прохання Т. залишити його та друзів у спокої Г. та Д. не реагували, на повідомлення Т. про застосування засобу індивідуального захисту (газового пістолету) Г. намагався вдарити Т., і, разом з Д. погрожуючи спалити автомобіль, почав демонструвати пластикову пляшку з бензином. Боячись, що п'яні та агресивні Г. і Д. можуть спричинити фізичну шкоду йому, присутнім дівчатам та автомобілю, Т., не вбачаючи іншого способу зупинити дії Г., не прицілюючись, зробив постріл у його бік. У цей час підїхали М. та його дружина Н. Не вияснивши причину конфлікту Н. почала бити відром по лобовому склу автомобіля, розбите скло летіло у салон та поранило друзів Т., спричинивши їм легкі тілесні ушкодження, у зв'язку з чим Т. здійснив неприцільний постріл в бік Н. У цей час М. наблизився до автомобіля, повалив Т. в салон, викручував руку, намагаючись заволодіти пістолетом, проте Т. відвернув від себе його руку, і здійснив постріл в обличчя М., яким поранив його в око і спричинив М. тяжкі тілесні ушкодження [144].

Вироком Роздольненського районного суду Автономної Республіки Крим від 21 березня 2007 року Т. було засуджено за перевищення меж необхідної оборони за ст. 124 КК України на 1 рік обмеження волі, а на підставі ст.ст. 49, 74 КК України звільнено від призначеного покарання. Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 29 травня 2007 року вирок змінено, виключено вказівку про призначення Т. покарання у виді 1 року обмеження волі. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вирок Роздольненського районного суду Автономної Республіки Крим та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Автономної Республіки Крим скасувала, а справу щодо Т. закрила за п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України за відсутністю в його діях складу злочину [144]. Таким чином у даній ситуації місцевий та апеляційний суди АРК не застосували щодо Т. норму про правомірність необхідної оборони від реальної загрози заподіяння шкоди його майну, його життю і здоров'ю, життю і здоров'ю інших осіб – дівчат, які перебували із ним в автомобілі, що призвело до

винесення неправильного рішення про наявність в діях Т. перевищення меж необхідної оборони.

Аналізуючи вищевикладене, ми можемо зробити висновок, що правовою підставою необхідної оборони є не лише суспільно небезпечне посягання, а і реальна загроза його здійснення, що беззаперечно доводить наведений приклад з практики та постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону». Однак ч. 2 ст. 36 КК України до правової підстави необхідної оборони відносить лише «суспільно небезпечне посягання». Так в цьому пункті зазначено: «Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади» [48, с. 85]. Тому, на нашу думку, ч. 2 ст. 36 КК України необхідно конкретизувати щодо правової підстави необхідної оборони і викласти наступним чином: «Кожна особа має право на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення незалежно від можливості його уникнути або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади». Ми вважаємо, що саме таке викладення ч. 2 ст. 36 КК України більш повно та досконало регулює правову підставу для застосування права на необхідну оборону, та втілює до КК України положення п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» [92, с. 176; 93, с. 35].

Таким чином на теоретичному рівні можна визначити, що у сучасному кримінальному законодавстві України правовою підставою необхідної оборони є суспільно небезпечне посягання або реальна загроза його здійснення, а фактичною підставою – необхідність в негайному спричиненні тому, хто посягає шкоди для попередження чи припинення суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення.

Перейдемо до розгляду питання про суб'єкт необхідної оборони. Суб'єктом необхідної оборони на нашу думку може бути лише приватна особа, для якої така оборона є реалізацією її суб'єктивного права. Спеціально уповноважені особи держави, такі як працівники правоохоронних органів, військовослужбовці при

попередженні та припиненні суспільно небезпечних посягань під час виконання ними своїх службових обов'язків здійснюють, на нашу думку свої службові владні повноваження, які передбачені спеціальними законами, що регулюють їх діяльність. Суб'єктами необхідної оборони можуть бути як самі потерпілі, які зазнали посягання, так і будь-які сторонні особи, які стали очевидцями цього посягання. При цьому такі сторонні особи здійснюють право на необхідну оборону з метою захисту життя і здоров'я, прав і свобод, власності інших осіб. Наведемо приклад застосування необхідної оборони із метою захисту сторонніх осіб з практики: 14 лютого 2005 року, близько 22 год., на кухні комунальної квартири між С. (особою чоловічої статі) та Т. (особою жіночої статі), яка була дружиною Р., виникла сварка. Під час сварки С., на ґрунті особистих неприязних відносин до Т., почав наносити їй удари, чим заподіяв Т. середньої тяжкості тілесні ушкодження. Р., почувши крики своєї дружини Т. і прибігши на кухню, побачив, що С. бив його дружину. З метою захисту своєї дружини Р. завдав С. п'ять ударів руками по різним частинам тіла, спричинивши тому тяжкі тілесні ушкодження, які небезпечні для життя у момент їх заподіяння [143].

Держинський районний суд м. Харкова визнав, що Р. під час оборони своєї дружини від неправомірних дій потерпілого знаходився у стані необхідної оборони, однак перевищив її межі і постановою від 25 листопада 2005 року визнав Р. винним за ст. 124 КК України, а справу закрит на підставі п. 4 ст. 6 КПК України у відповідності із Законом України «Про амністію». Апеляційний суд Харківської області та колегія суддів судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України залишили ухвалу Держинського районного суду м. Харкова без змін [143].

Тобто в даному випадку Р. здійснював необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання С. щодо іншої особи – своєї дружини Т., однак перевищив межі необхідної оборони і спричинив тяжкі тілесні ушкодження С., які явно не відповідали небезпечності посягання.

Необхідну оборону може здійснювати як одна особа, так і декілька осіб разом. При цьому, відповідно до ч. 2 ст. 36 КК України та п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону»

кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади. Це означає, що право на необхідну оборону є самостійним, а не додатковим (субсидіарним) правом щодо діяльності органів держави і службових осіб, спеціально уповноважених охороняти правопорядок. Тобто наявність права на необхідну оборону не пов'язане з наявною для особи можливістю уникнути посягання, звернутися за допомогою до представників влади чи інших громадян.

Розглянемо відносно цього приклад з практики: Ленінський районний суд м. Чернівці вироком від 3 листопада 2003р. засудив М. за ч. 1 ст. 125 КК України до штрафу в розмірі 510 грн. Засуджену визнано винною в тому, що вона приблизно о 12-й годині 10 хвилин, перебуваючи у своїй квартирі в м. Чернівцях, дерев'яною палицею умисно вдарила потерпілу Б. по руці, яка увірвалася у квартиру М. і вчинила там сварку. В результаті удару палицею по руці Б. було спричинено легкі тілесні ушкодження. Версію про необхідну оборону суд відкинув у зв'язку з тим, що М. знаходилася у своєму житлі і мала можливість уникнути посягання, не впускаючи Б. у свою квартиру. Апеляційний суд Чернівецької області ухвалою від 3 січня 2004 р. вирок залишив без зміни.

У касаційній скарзі М. просила постановлені у справі судові рішення скасувати, а справу закрити у зв'язку з відсутністю в її діях складу злочину, оскільки вона діяла у стані необхідної оборони. М. в суді заявляла, що Б. увірвалася до неї в квартиру з ганчіркою, у зв'язку з чим вони з чоловіком виштовхнули її з помешкання, при цьому можливо спричинивши «подряпину», або ж потерпіла впала. Потерпіла Б. визнала, що прийшла до М. щоб з'ясувати стосунки, а М. вдарила її палицею по руці. У зв'язку з тим, що інцидент стався у квартирі М., а Б., використовуючи нікчемний привід, прийшла до зазначеної квартири і зчинила там сварку, М. діяла у стані необхідної оборони. Відповідно до ч. 2 ст. 36 КК України кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання. На підставі наведених висновків та посилаючись на ч. 2 ст. 36 КК України колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного суду України вирок Ленінського районного суду м. Чернівців та ухвалу

Апеляційного суду Чернівецької області скасувала і справу щодо М. закрила за відсутністю в її діях складу злочину [106, с. 29-30]. Таким чином, в даному випадку Верховний Суд України підтвердив можливість реалізації права на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання і скасував необґрунтовані рішення судів попередніх інстанцій.

Розглянемо об'єкт необхідної оборони. Об'єктом необхідної оборони є особа, що посягає, її життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, право власності, відносно яких суб'єкт вчиняє дії, направлені на заподіяння шкоди, з метою попередження або припинення суспільно небезпечного посягання. Шкода при необхідній обороні повинна заподіюватися лише тому, хто посягає, його правам та інтересам. Коли осіб, які посягають, декілька, то особа, яка захищається, може заподіяти шкоду як одному з тих, хто посягає, так і кожному з них. Заподіяння шкоди правам і інтересам інших осіб не підпадає під ознаки необхідної оборони і розглядається в залежності від ситуації: 1) особа, що захищається свідомо заподіює шкоду третім особам, наприклад завдає шкоду особі, яка заважає вжиттю заходів по попередженню або припиненню посягання. В цьому випадку оцінка завданої шкоди повинна ґрунтуватися на правилах крайньої необхідності або інших обставин, що виключають злочинність діяння; 2) особа, що захищається завдає шкоду іншій особі, не причетній до суспільно небезпечного посягання, яку вона помилково сприйняла за того, хто посягає. В цьому випадку може мати місце уявна оборона або злочин, вчинений через необережність; 3) особа, що захищається під час необхідної оборони випадково завдає своїми діями шкоду стороннім особам. В цьому випадку може мати місце або казус або злочин, вчинений через необережність.

Вказівка на те, що об'єктом необхідної оборони є особа, що посягає, безпосередньо закріплена в самому Кримінальному кодексі. Відповідно до ч. 1 ст. 36 КК України необхідна оборона здійснюється шляхом заподіяння шкоди особі, що посягає. Практика застосування необхідної оборони свідчить про те, що її об'єктами найчастіше виступають життя та здоров'я, особиста свобода та недоторканність особи, що посягає, а також її майно. При цьому характер такого об'єкту залежить, в

першу чергу, від характеру і ступеня небезпечності самого посягання, а також від реальних можливостей особи, що захищається попередити чи припинити посягання.

Об'єктивна сторона, як елемент юридичного складу необхідної оборони, в КК України формулюється недостатньо чітко і визначається як «дії, вчинені з метою... шляхом заподіяння шкоди, необхідної і достатньої, в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони» [48, с. 85]. Як вже зазначалося вище, при розгляді питання про поняття «необхідна оборона», з точки зору філологічного тлумачення дії особи, що захищається, не можуть бути вчинені «шляхом заподіяння шкоди», вони повинні бути «направлені на заподіяння шкоди», тобто заподіяння шкоди виступає як можливий результат цих дій, якого в певних випадках може і не бути. Тому об'єктивна сторона необхідної оборони повинна визначатись, як «дії, направлені на заподіяння тому, хто посягає, шкоди необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони». Відповідно до цього з об'єктивної сторони необхідна оборона характеризується:

- 1) здійсненням особою дій, які підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом;
- 2) заподіяння тому, хто посягає, шкоди в певних межах;
- 3) причинним зв'язком між діями особи, що захищається та заподіянням тому, хто посягає, шкоди.

Першим елементом об'єктивної сторони необхідної оборони є дії особи, що захищається, які передбачають активну поведінку однієї або декількох осіб, які є суб'єктами необхідної оборони. Такими діями можуть бути застосування фізичної сили (наприклад нанесення ударів тому, хто посягає, зв'язування його або застосування щодо нього больових прийомів), застосування зброї та інших спеціальних засобів, застосування автоматичних пристроїв та механізмів направлених на завдання шкоди. Більш детально це питання буде розглянуто нижче при визначенні способів, за допомогою яких може бути здійснена необхідна оборона. Здійсненні особою дії повинні підпадати під ознаки певного протиправного діяння,

наприклад нанесення побоїв, різної тяжкості тілесних ушкоджень тому, хто посягає, вбивства того, хто посягає, знищення або пошкодження його майна. Вчинення інших дій, які не підпадають під ознаки злочинного діяння і не мають кримінально-правового значення, повинно розглядатися у рамках необхідної оборони в адміністративному праві за ст. 19 КУпАП «Необхідна оборона».

Другим елементом об'єктивної сторони необхідної оборони є заподіяння особі, що посягає, шкоди в певних межах. Поняття такої шкоди безпосередньо пов'язано з об'єктом необхідної оборони, яким, як зазначалося, є особа, що посягає, її життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, право власності. Відповідно шкода, яка заподіяна особі, що посягає, може виявлятися у позбавленні його життя, нанесенні йому різної тяжкості тілесних ушкоджень, обмеженні його свободи, знищенні або пошкодженні його майна. При цьому заподіяна особі, що посягає, шкода не повинна перевищувати допустимих меж.

Третій елемент об'єктивної сторони необхідної оборони полягає у наявності причинного зв'язку між діями особи, що захищається та заподіянням тому, хто посягає, шкоди. Це означає, що заподіяння тому, хто посягає, шкоди повинно бути здійснене в результаті зусиль самої особи, що захищається або захищає іншу особу від суспільно небезпечного посягання. Якщо той, хто посягає, в процесі здійснення суспільно небезпечного посягання завдає шкоду сам собі, наприклад, коли особа, що захищається вдало відхилилась від удару ножом, в результаті чого той, хто посягає, втратив рівновагу і впав на свій ніж, чим спричинив собі смерть або тяжкі тілесні ушкодження, дії особи, що захищалася не будуть підпадати під юридичний склад необхідної оборони. В цьому випадку має місце казус – випадкове спричинення шкоди тим, хто посягає, самому собі.

Суб'єктивна сторона як елемент юридичного складу необхідної оборони характеризується психічним ставленням особи, що захищається до суспільно небезпечного посягання та до здійснюваних ним дій, направлених на попередження або припинення посягання. Вона може розглядатися з точки зору інтелектуального та вольового моментів.

В теорії кримінального права інтелектуальний момент суб'єктивної сторони необхідної оборони полягає в усвідомленні і передбаченні особою наслідків своїх дій. Тобто суб'єкт, який знаходиться у стані необхідної оборони повинен усвідомлювати: 1) що проти нього або іншої особи відбувається суспільно небезпечне посягання; 2) що воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності його або іншої особи чи суспільним інтересам; 3) для його попередження або припинення потрібне негайне вчинення дій, направлених на заподіяння шкоди особі, що посягає; 4) в даній 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. Відповідно суб'єкт, який знаходиться у стані необхідної оборони, повинен передбачити: 1) що його дії будуть направлені на захист від суспільно небезпечного посягання; 2) що його дії заподіють шкоду саме особі, яка посягає; 3) що наслідком його дій може бути заподіяння такої шкоди, яка необхідна для негайного відвернення або припинення посягання.

Вольовий момент суб'єктивної сторони необхідної оборони характеризує бажання особи, що захищається вчинити дії, направлені на заподіяння тому, хто посягає шкоди, які є необхідним засобом для попередження або припинення суспільно небезпечного посягання. Якщо особа, що обороняється прагне вчинити дії, направлені на заподіяння тому, хто посягає шкоди з метою досягнути іншого результату (наприклад спричинити тому, хто посягає страждання, помститися за приниження), то відповідальність за таку шкоду повинна наставати на загальних підставах.

Таким чином, із вольовим моментом суб'єктивної сторони необхідної оборони з точки зору психічного ставлення особи, що захищається до суспільно небезпечного посягання, тісно пов'язані мотиви та мета необхідної оборони. Мета необхідної оборони безпосередньо визначена у ч. 1 ст. 36 КК України і полягає у захисті особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів у захисті інших осіб від суспільно небезпечного посягання. В той же час у

юридичній літературі панує думка про те, що захист особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності – це не безпосередня мета необхідної оборони, і при здійсненні особою права на необхідну оборону існує проміжна та кінцева мета. Проміжною метою є заподіяння тому, хто посягає співрозмірної шкоди для попередження або припинення його посягання (відбиття нападу), а кінцевою – захист правоохоронюваних індивідуальних чи колективних інтересів [5, с. 243].

Мотиви необхідної оборони у кримінальному законі не визначені і в юридичній літературі вони визначаються по різному. До них зокрема відносяться: прагнення уникнути небезпеки, природний інстинкт самозбереження, бажання проявити себе, бажання виконати свої громадянські обов'язки, прагнення захистити своїх рідних або виконати норми моралі при захисті інших осіб.

При розгляді питання про юридичний склад необхідної оборони окрему увагу потрібно також приділити способам здійснення необхідної оборони, тобто тим засобам і можливостям, які застосовує суб'єкт, при здійсненні ним права на захист в рамках об'єктивної сторони необхідної оборони. КК України у ч. 5 ст. 36 зазначає лише про окремі способи необхідної оборони, такі як «застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів», а поняття «способи» у цій статті підмінюється поняттям «дії особи, що захищається». Аналізуючи кримінальне законодавство та судову практику з питань необхідної оборони ми можемо визначити наступні способи здійснення необхідної оборони:

- 1) шляхом застосування фізичної сили (відштовхування, нанесення ударів та ін.);
- 2) шляхом застосування зброї (холодної, газової, пневматичної, вогнепальної);
- 3) шляхом застосування механічних засобів та пристроїв.

Першим способом здійснення необхідної оборони є застосування фізичної сили, що представляє собою будь-які власні фізичні зусилля особи, що обороняється, направлені на захист від суспільно небезпечного посягання. Ними можуть бути: відштовхування того, хто посягає, нанесення йому ударів, надавлювання на вразливі ділянки тіла, захоплення та утримання, застосування різних прийомів та інші дії, при яких особа використовує власні фізичні можливості.

Другим способом здійснення необхідної оборони є застосування зброї. Зброя – це пристрої і засоби, які застосовуються у збройній боротьбі для нападу або захисту з метою ураження або знищення супротивника. У більшості випадків необхідна оборона здійснюється шляхом застосування холодної зброї (ножа, сокири, лопати), або із застосуванням газової чи пневматичної зброї (газових балончиків, газових та пневматичних пістолетів). В той же час в Україні використання травматичної і вогнепальної зброї для цивільного населення заборонено. Однак, проблема легалізації зброї почала привертати до себе значну увагу суспільства в останні роки. Її дослідженням в кримінально-правовому і адміністративному аспекті займалися такі вчені, як В. Авер'янов, М. Анісімов, О. Бандурка, Д. Бахраха, І. Каганець, В. Мойсик, К. Філімонов та інші. Предметом дослідження цих вчених було обґрунтування доцільності та необхідності введення або не введення в Україні права громадян на придбання зброї на прикладі зарубіжних країн та розробка основних положень законодавчого регулювання цього питання. Ця проблема не обійшла увагу й автора, оскільки легалізація зброї, на думку автора, є важливою гарантією реалізації громадянами свого права на необхідну оборону, що прямо передбачено у ч. 5 ст. 36 КК України.

Проблема легалізації зброї в Україні підіймалася у суспільстві ще за часів СРСР. Однак в СРСР, як і в будь-якій тоталітарній державі вважалося, що обов'язок захисту громадян від злочинності покладається лише на державу, зокрема на її правоохоронні органи. Тому надання цивільному населенню право на володіння зброєю вважалося непотрібним. Також потрібно було враховувати те, що значна кількість населення не була задоволена діями існуючої влади і тому вільний обіг зброї міг штовхнути громадян на протидію державним органам [111, с. 33].

В сучасному українському законодавстві стосовно легалізації зброї склалися дві протилежні теорії. Прихильники першої теорії вважають, що легалізація зброї в Україні необхідна і обґрунтовують її наступним: 1) в країнах де було введено зброю, рівень злочинності набагато впав і вбивств стало менше (наприклад у 1987 році у США у штаті Флорида громадянам було дозволено купувати зброю. З тих пір злочинність у штаті впала на 21%, у той час як у цілому по країні виросла на 12%. В

Канаді, де була дозволена зброя, після введення жорстких обмежень на її придбання злочинність стрибнула на 45%. В Європі найспокійнішими країнами вважаються Швейцарія та Фінляндія, де громадяни мають право легально носити зброю, в озброєній Швейцарії вбивств із використанням вогнепальної зброї майже вдвічі менше, ніж у сусідньому беззбройному Люксембурзі); 2) майже всі злочини вчинюються нелегальною зброєю (легальна зброя згідно світової статистики бере участь менше ніж в 1% правопорушень, вчинених зі зброєю, оскільки данні про неї зберігаються в комп'ютеризованій кулегільзотеці МВС, за допомогою якої через кілька годин можна встановити злочинця); 3) масове носіння зброї запобігає масовим розстрілам і попереджує вчинення злочинів (опитування ув'язнених, здійснене Міністерством юстиції США у в'язницях показало, що в 40% злочинців у житті були випадки, коли вони відмовлялися від раніше запланованих злочинів через побоювання, що жертва може бути озброєна); 4) на сьогоднішній час багато бізнесменів в Україні обходять дозвільну систему купуючи посвідчення журналістів чи членів громадського формування з охорони громадського порядку [38, с. 1; 115, с. 13].

Прихильники другої теорії вважають, що легалізація зброї непотрібна і обґрунтовують це наступним: 1) масова видача зброї призведе до отримання її ризикованими верстами населення (наркоманами, алкоголіками, раніше судимими), які використовуватимуть її для вчинення злочину; 2) неправильне поводження зі зброєю може привести до значного травматизму її власників; 3) велика корумпованість державних органів призведе до неможливості контролювати у державі законний обіг зброї [120, с. 8].

Ми підтримуємо першу теорію і вважаємо що необхідно легалізувати виключно цивільну зброю, для забезпечення реалізації громадянами права на необхідну оборону. До цієї зброї необхідно віднести короткоствольні гумові пістолети травматичної (несмертельної) дії. Вони повинні розглядатися лише як засоби самозахисту громадян від суспільно небезпечного посягання і мати дальність стрільби гумовими кулями не більше 3-4 метрів. Порядок придбання і володіння такою зброєю повинен бути на зразок порядку отримання і володіння водійськими

правами [83, с. 145-146]. Про відсутність належного законодавчого закріплення обігу зброї в Україні вказують багато вчених. Вони зазначають, що на сьогоднішній день в Україні суспільні відносини, пов'язані з обігом зброї регулюють майже 90 нормативно-правових актів (накази, постанови, укази, навіть закони), однак відсутній головний документ – Закон «Про зброю», який є наявним практично у всіх пострадянських країнах [111, с. 33].

Позиція про право громадян на використання зброї під час захисту від суспільно небезпечного посягання підтверджується і в кримінальному праві України. Відповідно до ст. 36 КК України необхідною обороною визнаються будь-які дії вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається від суспільно небезпечного посягання, а відповідно до ч. 5 ст. 36 КК не є перевищенням необхідної оборони і не тягне кримінальну відповідальність застосування зброї чи інших засобів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає [48, с. 85]. Тобто КК України дозволяє особі здійснювати необхідну оборону як власними фізичними силами, так і з застосуванням зброї, роблячи застереження лише відносно шкоди, яка повинна бути необхідною і достатньою для відвернення чи припинення посягання, а в ч. 5 ст. 36 прямо вказує на критичні випадки, при яких можливо застосування зброї громадянами. Однак законодавством право на носіння короткоствольної гумової зброї для «звичайних» громадян не передбачено. Тому, на нашу думку, легалізація такої зброї стане однією з важливих гарантій забезпечення реалізації громадянами права на необхідну оборону в цих випадках [83, с. 147].

Наведемо приклади вдалого захисту громадян від суспільно небезпечного посягання у випадку наявності у них зареєстрованої вогнепальної (травматичної) зброї. Так М., збираючись виїхати до себе на дачу за місто, поклав у багажник своєї машини мисливську гвинтівку з магазином, в якому знаходились два дробових патрони. На дачі він закривав гвинтівку у спеціальну шафу. В той день, коли М. їхав по безлюдній дорозі, його став переслідувати незнайомий йому автомобіль, в якому знаходилося троє осіб. Переслідувачі декілька раз намагалися притиснути

автомобіль М. до узбіччя, а коли це їм не вдалося вони перекрили йому дорогу біля в'їзду на вузький міст. Із машини переслідувачів вискочило двоє осіб, які побігли до М., що сидів у своїй машині. М., включивши задню передачу, від'їхав назад на 50 метрів і збільшивши дистанцію між своєю машиною і переслідувачами, вискочив із машини, відкрив багажник і діставши мисливську рушницю, вистрілив з неї над головами переслідувачів. Ті швидко побігли до свого автомобіля та зникли з місця пригоди. Таким чином М., завдяки наявності зброї і здійснення попереджувального пострілу, відвернув від себе суспільно небезпечне посягання [163, с. 12].

Розглянемо інший випадок: В., Г. і Ж. у масках увірвались у дім директора колгоспу С., зв'язали його та його жінку у ванній, та викрали гроші і дорогоцінності. С., зумівши звільнитися, зняв із шафи заряджену гвинтівку і через вікно відкрив вогонь по грабіжникам, які втікали з місця скоєння злочину. В результаті В. був поранений, а Г. і Ж. втекли навіть не скориставшись своїм мотоциклом. Через деякий час Г. і Ж. були затримані співробітниками міліції. Дії С. з використанням зброї були визнані правомірними [163, с. 12-13].

Третім способом здійснення необхідної оборони є застосування для захисту від суспільно небезпечного посягання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, яка вчиняє посягання. Цей спосіб здійснення необхідної оборони є найбільш проблемним способом необхідної оборони на сьогоднішній день. Вперше ця проблема була висвітлена у правовій літературі німецьким вченим Беккером. Серед сучасних українських вчених це питання розкривається у працях В. Володарського, В. Диденка, В. Осадчого та інших вчених. Стосовно цього питання на сьогоднішній день склалися два підходи.

За першим підходом, який склався на основі аналізу судової практики, такі дії не вважаються необхідною обороною, а кваліфікуються залежно від наслідків як умисне вбивство або заподіяння шкоди через необережність. Наведемо із цього приводу приклад з практики: так, П. визнаний винним у тому, що для охорони квітника встановив огорожу зі сталевого дроту, до якого підключив електрику. Внаслідок дії цього пристрою було смертельно травмовано його сусіда М. При розгляді цієї справи у порядку нагляду Пленумом Верховного Суду було вказано,

що винність П. в умисному вбивстві М. матеріалами справи доведена [122, с. 124]. Згадані вище пристрої, на думку прибічників такого підходу, встановлюються у момент, коли посягання ще не є наявним. Враховуючи те, що встановлення пристрою та наслідки його дії можуть бути значно рознесені у часі, судова практика йде по шляху розгляду діяння (встановлення пристрою) на момент його вчинення. Оскільки, у цей момент посягання фактично відсутнє, то дії особи не вважаються вчиненими у стані необхідної оборони.

За другим підходом вважається, що дії по встановленню і застосуванню для захисту від суспільно небезпечного посягання механічних засобів та пристроїв є необхідною обороною. При цьому дії по встановленню вищевказаних пристроїв є своєрідним «готуванням до необхідної оборони». Як зазначають прихильники цього підходу необхідна оборона можлива і до початку посягання, оскільки відповідно до абз. 2 п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» «...стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподіяння шкоди». Крім того дії по захисту особи від суспільно небезпечного посягання за КК України оцінюються безпосередньо на момент спричинення шкоди тому, хто посягає, тобто саме при спрацюванні автоматичного пристрою, під час якого необхідна оборона буде такою, що відбулася [14, с. 120].

Ми підтримуємо другий підхід із деякими обмеженнями і вважаємо, що застосування для захисту від суспільно небезпечного посягання механічних засобів та пристроїв є одним із способів необхідної оборони, зокрема при захисті права власності. Правовою підставою для їх застосування є наявність реальної загрози здійснення суспільно небезпечного посягання. Тобто, якщо особа знала про реальну загрозу здійснення щодо неї суспільно небезпечного посягання і з метою захисту від нього встановила і активувала цей пристрій, то її дії повинні розглядатися з точки зору необхідної оборони. При цьому встановлення такого автоматичного пристрою є «підготовкою до необхідної оборони» і не виключає її правомірності, так само як і, наприклад, носіння особою травматичної зброї або ножа не виключає правомірності здійснення ним необхідної оборони із застосуванням зброї.

Однак, при встановленні такого автоматичного пристрою, особа повинна реально оцінювати суспільну небезпечність посягання, тобто визначити чи є посягання проти якого буде спрацьовувати автоматичний пристрій суспільно небезпечним і чи буде заподіяно ним шкоду саме тій особі, яка здійснює посягання. Наприклад, власник, залишивши автомобіль на тривалий час, підключив електрику до керма свого автомобіля. В тому випадку, коли викрадач, намагаючись викрасти автомобіль, відкриє сигналізацію і доторкнеться до керма, від якого його вдарить током, дії власника будуть необхідною обороною. Правомірність необхідної оборони обумовлена тим, що по-перше викрадач здійснює суспільно небезпечне посягання у вигляді незаконного заволодіння транспортним засобом і спричиняє значну матеріальну шкоду його власнику, та по-друге проникнути до салону автомобіля, зламавши охоронну сигналізацію, може лише викрадач, оскільки доступ стороннім особам туди обмежений. В той же час встановлення електрики на огорожу городу або квітника не є необхідною обороною, оскільки посягання на них не мають значного ступеня суспільної небезпечності і крім того існує велика імовірність завдання шкоди стороннім особам, які не здійснюють посягання.

Узагальнюючи вищезазначене у цьому підрозділі дисертації можна зробити висновок, що інститут необхідної оборони та його основні теоретичні положення, закріплені в частинах 1, 2 ст. 36 КК України потребують подальшого удосконалення та конкретизації з урахуванням зарубіжного досвіду та запропонованих нами вище положень. Саме у забезпеченні належного правового регулювання права особи на необхідну оборону ми вбачаємо важливу гарантію захисту державою невід'ємних прав і свобод людини від злочинних посягань, яка повинна стати ще одним кроком уперед по формуванню в Україні соціальної держави.

2.2. Уявна оборона як самостійна обставина, що виключає злочинність діяння.

Уявна оборона, як обставина, що виключає злочинність діяння, закріплена у ст. 37 КК України. Частина 1 ст. 37 КК України визначає уявну оборону як 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 [48, с. 18].

Уявна оборона існує у Кримінальному кодексі України не так давно. До прийняття чинного КК України 2001 року законодавець не вважав за потрібне виділяти її в окрему норму, вважаючи, що таке виділення не є необхідним. Вказівка про уявну оборону містилася лише в Постанові Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28.06.1991 р. «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» в п. 9 якої зазначалося, що «судам необхідно відрізнити необхідну оборону від мнимої (уявної) оборони, коли особа, помиляючись щодо реальності посягання і вважаючи, що вона захищає правоохоронювані інтереси, заподіює шкоду іншій особі» [103].

Розглянемо теорію про помилки при необхідній обороні більш детально. При здійсненні особою свого суб'єктивного права на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання, вона іноді, в силу різних об'єктивних та суб'єктивних причин, може помилково сприймати ті чи інші ознаки і умови посягання та оборони. В результаті цього вона здійснює помилкові висновки, або іншими словами здійснює фактичну помилку, яка має важливе значення для оцінки заподіяної шкоди. Взагалі помилка у кримінальному праві – 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 – хибне уявлення особи щодо: злочинності вчиненого нею діяння, кваліфікації вчиненого злочину, меж караності злочину. Фактична помилка – це невірне 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 і особу потерпілого.

Розглядаючи необхідну оборону, Ю. В. Баулін зазначав, що особа, яка обороняється, може допускати фактичні помилки при захисті від суспільно небезпечного посягання і виділяв наступні види помилок:

- 1) в наявності суспільно небезпечного посягання;
- 2) у необхідності негайного нанесення шкоди посягаючому;
- 3) відносно своєчасності оборони;
- 4) відносно особи посягаючого;
- 5) відносно оцінки характеру та небезпечності посягання;
- 6) відносно оцінки обстановки захисту [5, с. 256-257].

Така класифікація помилок здійснюється в залежності від виділення переважаючого фактору обстановки, що склалася, який викликав у особи помилкове припущення щодо наявності щодо 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 помиляється відносно вказаних обставин, тобто в силу різних об'єктивних чи суб'єктивних причин не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення про вказані вище обставини. Невибачальною визнається така помилка, при якій особа, що обороняється хоча і не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення про об'єктивні ознаки і умови оборони, але за обставинами справи повинна була і могла це усвідомлювати, проявивши більше обачності, уважності, дбайливості про інтереси інших осіб. Вказані вище помилки впливають на кваліфікацію завданої шкоди особою, що обороняється, а саме при вибачальній помилці відповідальність виключається або можлива за перевищення меж необхідної оборони, а при невибачальній помилці відповідальність настає за злочин, вчинений по необережності [5, с. 257].

Проаналізувавши викладені вище помилки при необхідній обороні можна визначити, що серед них існують три види помилок, які відносяться до самостійної обставини, що виключає злочинність діяння – уявної оборони. Це помилки: 1) відносно наявності суспільно небезпечного посягання; 2) відносно особи, що посягає; 3) відносно характеру і небезпечності посягання. Інші помилки характеризують так звану «передчасну» або «запізнілу» оборону, а також перевищення меж необхідної оборони.

В науці кримінального права існують 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 і проявляється у 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 відносно наявності щодо неї суспільно небезпечного посягання, якого насправді немає. В тих випадках, коли особа сумлінно помиляється відносно наявності щодо неї суспільно небезпечного посягання, її помилка визнається «вибачливою» і вона звільняється від кримінальної відповідальності. [5, с. 201; 150, с. 255]. Така позиція склалася у сучасному кримінальному законодавстві РФ, де уявна оборона не виділяється в якості обставини, що виключає злочинність діяння [139].

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 [128, с. 36; 157, с. 44]. Відповідно, при уявній особа звільняється від кримінальної відповідальності за наявності двох ознак, передбачених у ч. 2 ст. 37 КК України, а саме, коли: 1) обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання; 2) особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення. Цю позицію підтримуємо і ми та вважаємо, що уявна оборона відрізняється від необхідної за основною ознакою – дійсність (реальність) посягання. Будь-який різновид необхідної оборони, в т. ч. і передчасна та запізнена оборона характеризується дійсністю посягання, тобто наявністю його в реальності і помилки особи, яка захищається відносно посягання проявляються в неправильній оцінці його початку, закінчення або небезпечності. Уявна оборона характеризується помилкою особи в самому існуванні посягання щодо неї, тобто посягання є вигаданим, уявним. Тому вона повинна розглядатися як самостійна обставина, що виключає злочинність діяння.

На нашу думку інститут уявної оборони буде розвиватися у напрямку подальшого розширення, оскільки стан уявної загрози може виникати у особи не

тільки при наявності суспільно небезпечного посягання (необхідній обороні), а і при усуненні небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваних законом правам іншої людини (крайній необхідності), або при затриманні громадянином злочинця (затриманні особи, яка вчинила злочин), або при припиненні чи попередженні співробітниками правоохоронних органів вчинення правопорушником злочину (здійсненні службових владних повноважень). Тобто можливо говорити про те, що норма про уявну оборону повинна застосовуватись не тільки стосовно необхідної оборони, а і стосовно інших обставин, що виключають злочинність діяння. В такому випадку можна говорити про уявну оборону як про загальну «уявну помилку в обставині, що виключає злочинність діяння» [90, с. 93].

Виділяючи уявну оборону, як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння, ми можемо проаналізувати її склад на прикладі аналізу інших правомірних (суспільно корисних) вчинків, що виключають злочинність діяння. Аналіз уявної оборони ми будемо здійснювати шляхом дослідження: 1) правової та фактичної підстави; 2) суб'єкта; 3) об'єкта; 4) об'єктивної сторони; 5) суб'єктивної сторони.

Правовою підставою уявної оборони є здійснення потерпілим в певній обстановці дій, зовні схожих та обґрунтовано сприйнятих особою за суспільно небезпечне посягання або реальну загрозу його здійснення. Тобто правова підстава уявної оборони характеризується певними ознаками:

1) потерпілий повинен вчинити певні дії, які вимагають його активну поведінку. Якщо потерпілий не вчинював ніяких активних дій, а саме мала місце бездіяльність, то стану уявної оборони у особи виникнути не може;

2) дії потерпілого повинні бути зовні схожими на суспільно небезпечне посягання (спроба залізи у квартиру через вікно, погроза іграшковим пістолетом, діставання блискучого предмету, який нагадує ніж). При цьому дії потерпілого від уявної оборони можуть бути як правомірними, так і неправомірними проступками (наприклад дрібне хуліганство), які однак сприймаються особою, як тяжкий злочин;

3) дії потерпілого були здійснені за певної негативної оточуючої обстановки, яка пов'язана із негативними природними або соціальними факторами (у темряві, на безлюдній темній вулиці, дії поєднані з погрозами позбавити життя) в результаті

чого вони обґрунтовано сприймалися особою, що обороняється як суспільно небезпечне посягання.

Фактичною підставою уявної оборони є необхідність у негайному спричиненні шкоди особі, що посягає для попередження чи припинення уявного суспільно небезпечного посягання або уявної загрози його здійснення. Уявне суспільно небезпечне посягання можна визначити як активні дії потерпілого, які є зовні схожими на суспільно небезпечне посягання і в негативній оточуючій обстановці сприйняті особою, що оборонялася, як суспільно небезпечне посягання або реальна загроза його здійснення.

Об'єкт, об'єктивна сторона і суб'єкт уявної оборони загалом не відрізняються від об'єкта, об'єктивної сторони і суб'єкта при необхідній обороні. Об'єктом уявної оборони є потерпілий, його життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, право власності, відносно яких суб'єкт вчиняє дії направлені на заподіяння шкоди з метою попередження або припинення уявного суспільно небезпечного посягання.

Об'єктивну сторону уявної оборони можна визначити, як «дії особи, направлені на заподіяння потерпілому шкоди, яка необхідна і достатня в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення уявного посягання». Відповідно до цього з об'єктивної сторони уявна оборона характеризується: 1) здійсненням потерпілим дій, які сприймаються особою як діяння, ознаки якого передбаченого кримінальним законом; 2) заподіяння потерпілому шкоди в певних межах; 3) причинним зв'язком між діями особи, що захищається та заподіянням потерпілому шкоди.

Відповідно суб'єктом уявної оборони може бути особа, відносно якої здійснюється уявне суспільно небезпечне посягання, а також будь-які сторонні особи, які обґрунтовано сприймають дії потерпілого відносно іншої особи, як реальне суспільно небезпечне посягання.

Головна відмінність уявної оборони від інших обставин, що виключають злочинність діяння проявляється у суб'єктивній стороні, а саме у відсутності вини особи, яка завдає шкоди іншій особі, помиляючись відносно реальності суспільно

небезпечного посягання і вважаючи, що вона захищає охоронювані законом права і інтереси.

За суб'єктивною стороною уявна оборона відрізняється також від фактичних помилок здійснених при вчиненні злочину, оскільки вони у 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 у діях особи, що їх припустилася.

Це ж саме стосується і фактичних помилок при необхідній обороні, при яких суб'єктивний контроль особи складається з інтелектуального та вольового моментів. При цьому інтелектуальний момент полягає в усвідомленні особою того: 1) що проти нього або іншої особи відбувається суспільно небезпечне посягання; 2) що воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності його або іншої особи чи суспільним інтересам; 3) для його попередження або припинення потрібне негайне вчинення дій, направлених на заподіяння шкоди особі, що посягає; 4) в даній обстановці для попередження або припинення посягання необхідно вчинити сам те 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 відсутня вина особи, яка захищається, оскільки тут має місце помилка посягання. Що ж стосується оборони при уявному посяганні, то вона здійснюється свідомо і умисно. Тобто в суб'єктивній стороні уявної оборони відсутні деякі елементи інтелектуального моменту, пов'язані з тим що особа у зв'язку з негативною оточуючою обстановкою неправильно усвідомлює: 1) що проти нього або іншої особи відбувається суспільно небезпечне посягання; 2) що воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності його або іншої особи чи суспільним інтересам. Інші елементи інтелектуального моменту та вольовий момент, пов'язаний з бажанням особи, що захищається вчинити дії, направлені на

заподіяння тому, хто посягає шкоди, які є необхідним засобом для попередження або припинення суспільно небезпечного посягання, в уявній обороні присутні.

Таким чином, в залежності від того, наскільки негативна оточуюча обстановка давала особі підстави помилятися стосовно інтелектуального моменту уявної оборони і залежить кваліфікація її дій. Якщо оточуюча обстановка: 1) була негативною, тобто давала достатні підстави особі вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, то має місце правомірна уявна оборона; 2) була негативною, тобто давала особі підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність; 3) не була негативною, тобто не давала особі підстави вважати, що мало місце реальне посягання вона підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

Таким чином, можемо зробити висновок, що при кваліфікації дій особи в стані уявної оборони ключовим фактором є негативна оточуюча обстановка. Вона може складатися із двох негативних факторів: а) природного (у темряві, за несприятливих погодних умов, у воді) б) соціального (на безлюдній вулиці, у своєму житлі, демонстрація предметів поєднана з погрозами позбавити життя). При оцінці судом обстановки, що склалася він повинен враховувати ці два фактори у своїй сукупності і відповідно визначити чи була вона негативною і давала достатні підстави особі вважати, що мало місце реальне суспільно небезпечне посягання.

У зв'язку з вищевикладеним ми вважаємо, що закріплене у ч. 1 ст. 37 КК України визначення уявної оборони є достатньо громіздким і не містить посилення на основний критерій для кваліфікації правомірності уявної оборони, який ми розглянули – обстановки, яка склалася. Тому, на нашу думку, поняття «уявна оборона» можливо визначити, як «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». Відповідно до цього, ч. 1 ст. 37 КК України необхідно викласти наступним 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».

Якщо особа, здійснюючи правомірну уявну оборону, перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони. Наведемо приклад з практики: 13.09.2007 року, Г. знаходився у барі «Фараон», який розташований по вул. Головній в с. Рашків Хотинського району Чернівецької області, де вживав алкогольні напої разом з П. та іншими особами. Приблизно о 19 годині цього ж дня між Г. та П., в приміщенні вказаного бару, виник словесний конфлікт на побутовому підґрунті. За межами бару біля будівлі вказаного магазину даний конфлікт переріс в спільну бійку, в ході якої П. з свого автомобіля дістав предмет типу «шила», яким став погрожувати Г. фізичною розправою. Г., сприйнявши дії П. як небезпечні для свого здоров'я та життя, з метою самозахисту, дістав з багажника належного йому автомобіля ручний автомобільний насос та перевищуючи межі необхідної оборони, утримуючи насос обома руками, з розмахом, умисно наніс удар насосом по голові П., від чого останній впав на коліна, і фактично не міг продовжувати спрямовані дії, після чого, помилково припускаючи можливість продовження посягання на своє життя та здоров'я, знаходячись в обстановці уявної оборони, умисно, утримуючи насос обома руками, з розмахом, повторно, наніс цим насосом удар по голові П., від якого останній впав на землю. Своїми діями, вчиненими у стані уявної оборони, однак з перевищенням її меж, Г. спричинив потерпілому П. тяжкі тілесні ушкодження [9].

Хотинський районний суд Чернівецької області вироком від 27 травня 2008 року визнав Г. винним у перевищенні меж необхідної оборони за ст. 124 КК України і обрав йому покарання у вигляді двох років обмеження волі, а на підставі ст. 75 КК України звільнив від відбування покарання з іспитовим строком [9].

Про те, що при кваліфікації дій особи в стані уявної оборони ключовим фактором є негативна оточуюча обстановка, зазначається також і в постанові Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у

справах про необхідну оборону». Відповідно до п. 7 цієї постанови: «при уявній обороні кримінальна відповідальність за заподіяну шкоду виключається лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала й не могла усвідомлювати помилковість свого припущення. Питання про те, чи дійсно в особи були підстави для помилкового висновку про наявність суспільно небезпечного посягання, вирішується з урахуванням конкретних обставин справи.

Якщо ж особа в обстановці, що склалася, не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковість свого припущення щодо реальності суспільно небезпечного посягання, але перевищила межі захисту, який потрібно було застосувати, її дії мають розцінюватись як перевищення меж необхідної оборони. У такому разі кримінальна відповідальність можлива лише за статтями 118 і 124 КК. Коли ж особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального посягання, її дії кваліфікуються як заподіяння шкоди через необережність» [102, с. 33].

Досить цікавим є випадок кваліфікації дій особи для притягнення її до кримінальної відповідальності за заподіяння шкоди через необережність, який передбачений ч. 4 ст. 37 КК України. Це відбувається, коли оточуюча особу обстановка була негативною, тобто давала їй підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання. Розглянемо це на прикладі з практики: 08.11.2002 року К. зі своїми знайомими П., Р. і Т. у кафе-магазині, яке розташоване в м. Полтаві, вживав алкогольні напої. Під час перебування в кафе-магазині між ним та групою інших відвідувачів, які також уживали алкогольні напої, виник конфлікт, що переріс у короткочасну обопільну бійку, яку припинив вантажник магазину. Після того, як конфлікт закінчився і К. знаходився на вулиці, на нього напала група осіб, серед яких був і Щ. У ході нападу зазначені особи наносили К. удари руками й ногами по різним частинам тіла. Захищаючись від них, К., перехопивши в одного з нападників ніж, наніс ним удар Щ. у груди, від якого той помер на місці вчинення нападу. У цей час неподалік від Щ. знаходився Н., який не приймав участі в бійці.

К., помилково вважаючи Н. учасником нападу на нього, хоча в обстановці, яка склалася, повинен був усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання з його боку, наніс Н. удар ножем у стегно, внаслідок чого той через деякий час помер на місці вчинення злочину [146].

Як вказала колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України зазначені обставини свідчать про те, що К., наносячи удар ножем Щ., перебував у стані необхідної оборони, що відповідно до ст. 36 КК України виключає кримінальну відповідальність. В той же час, наносячи Н. удар ножем у стегно, К. перебував у стані уявної оборони, хоча в обстановці, яка склалася, повинен був усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання з боку Н., який не приймав участь у побитті К. Відповідно до цього К. було визнано винним у вчиненні вбивства по необережності за ст. 119 КК України і призначено покарання у вигляді п'яти років обмеження волі [146].

В науці кримінального права існують різні класифікації уявної оборони, як обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Більшість із них пов'язані із визначенням кримінальної відповідальності за уявну оборону, яку передбачено у ст. 37 КК України. Так, наприклад В.П. Діденко пропонує поділити уявну оборону за суб'єктивними ознаками на два види, а саме:

1) коли особа не усвідомлювала, що реального посягання немає і виходячи із загальної обстановки, не повинна була і не могла усвідомити помилковість свого припущення. Відповідно до ч. 2 ст. 37 КК України вона у цьому випадку не несе кримінальну відповідальність за заподіяну нею шкоду. Однак, якщо особа, що захищається при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони;

2) коли особа не усвідомлювала, але повинна була і могла усвідомити помилковість свого припущення про наявність посягання. Відповідно до ч. 4 ст. 37 КК України вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність [23, с. 28-30].

іншій особі, однак діяння не може бути кваліфіковано як умисний злочин проти особистості. Для такої кваліфікації діяння обов'язковим елементом умислу є усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру вчиненої нею дії або бездіяльності, чого в даному випадку немає [101, с. 112-113].

Так, наприклад К. пізно ввечері перебував на посту по охороні магазину. Несподівано біля магазину зупинився автомобіль, з якого вийшов Л. і попрямував до магазину. Л. перебував у стані сильного алкогольного сп'яніння. Поява біля магазину незнайомця у темний час доби стривожила К., і він гукнув Л., але на неодноразові оклики та попередження Л. не реагував. Тоді К. зробив попереджувальний постріл із рушниці. Оскільки і після цього Л., тримаючи праву руку в кишені, продовжував наближатися до магазину, К. зробив постріл і поранив Л., який від поранення помер на місці. За обставинами справи К. міг і повинен був передбачати, що насправді йому не загрожує реальна небезпека, оскільки Л. не зробив жодних атакуючих або загрозових дій, і був засуджений за вбивство по необережності [36, с. 100].

На основі аналізу теоретичних положень та судової практики в справах про уявну оборону, ми пропонуємо свою класифікацію видів уявної оборони залежно від фактора, який спричинив помилкове припущення особи щодо суспільно небезпечного посягання. Ми вважаємо, що на основі цього критерію можна виділити наступні види уявної оборони [89, с. 228; 90, с. 94-95]:

1) суб'єктивна – пов'язана з помилкою щодо суб'єкта (особи), що посягає, коли як такий сприймається інша особа, яка не здійснювала суспільно небезпечне посягання (потерпілий). Тобто, в даному випадку суспільно небезпечне посягання існує, однак особа, обґрунтовано помиляючись, завдає шкоду сторонній особі, з боку якої посягання не відбувалося. Наведемо приклад з практики: 2 квітня 2006 р. біля 23.00 поблизу кафе «Магніт» у м. Рівне відбувся конфлікт та бійка між С. з одного боку та В., М. і Т. з іншого. Р., який був знайомим С., підійшов до учасників бійки і намагався їх розборонити. Під час цього він отримав удар в пах. Побачивши, що до місця пригоди наближаються ще троє чоловіків, які щось кричали до нього, Р., сприйнявши їх за друзів В., М. і Т., дістав ніж. Ці троє

чоловіків насправді були проходимими, які побачили бійку і вирішили розборонити її учасників. Коли вони наблизились до Р. впритул, він з метою захисту почав розмахувати ножем перед ними і при цьому наніс удар ножем в груди одному з них - О., спричинивши останньому тяжкі тілесні ушкодження у вигляді ножового різаного проникаючого поранення грудної клітки справа. За вироком Рівненського міського суду від 8 травня 2007 р. дії Р. були визнані, як такі, що вчинені в обстановці уявної оборони, однак з перевищенням її меж і Р. був засуджений за ст. 124 КК України (умисне нанесення тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони) на три місяці двадцять днів арешту. Судовою палатою з кримінальних справ апеляційного суду Рівненської області вирок було залишено без зміни [148].

2) об'єктивна – пов'язана з помилкою в об'єктивній стороні (діях) потерпілого, коли його правомірна поведінка або вчинене ним дрібне правопорушення розцінюється як суспільно небезпечне посягання. Тобто, в даному випадку потерпілий здійснює правомірні дії, які в певній обстановці обґрунтовано сприймаються особою як суспільно небезпечне посягання. Наприклад М., перебуваючи у нетверезому стані, повертався біля 12-ї години ночі до себе додому і помилково заліз через вікно до будинку Ч., вважаючи, що це його будинок. Ч., прокинувшись серед ночі і сприймаючи М. за злодія, наніс йому декілька ударів дерев'яною дошкою, чим спричинив тяжкі тілесні ушкодження. В даному випадку дії Ч. є уявною обороною, оскільки він обґрунтовано сприймав М. за нічного грабіжника, який намагався пограбувати його будинок.

Інші різновиди таких випадків виникають, коли з боку потерпілого були здійсненні неправомірні дії (дрібне правопорушення), які в обстановці, що склалася, сприйняті особою за більш небезпечне посягання. Наприклад п'яний Ш. вчинив хуліганські дії, побив Є. і вступив в бійку з П., який захищав Є. Через деякий час Ш. розбив вікно у будинку П. і взявши рушницю з відстані 30 м став цілитись у П., який стояв у будинку біля вікна. Той зняв зі стіни мисливську рушницю, зарядив її і зробив кілька пострілів у Ш., в результаті яких Ш. був тяжко поранений. Рушниця з якої Ш. цілився у П. була незаряджена і він пояснив, що хотів тільки налякати П. В

цьому випадку має місце уявна оборона П., оскільки він обґрунтовано сприймав дії Ш. не як хуліганство, а як замах на вбивство [54, с. 298-299].

3) нейтральна – пов'язана з помилкою в обстановці, що склалася, коли внаслідок її певних природних (час доби, погодні умови) або соціально-психологічних (безлюдна вулиця, вчинення перед правомірними діями суспільно небезпечного посягання) особливостей дії потерпілого видаються суспільно небезпечним посяганням. Випадок, коли після вчинення щодо неї суспільно небезпечного посягання, потерпіла особа обґрунтовано сприймає дії того, хто посягає, як нове посягання відрізняється від «запізнілої оборони», коли суспільно небезпечне посягання вже минуло, а особа, що оборонялася, не помітила завершення посягання. Основний критерій, за допомогою якого можна це розрізнити, полягає у тому, що помилкове уявлення особи про дії того, хто посягає ґрунтується на його попередній протиправній поведінці відносно неї. Наприклад: ввечері чоловік затягнув жінку, яка поверталась з роботи, до парку, зв'язав її і зґвалтував. Після зґвалтування він кудись пішов. Коли жінці вдалося розв'язатися, вона побачила, що цей же чоловік знову іде до неї з блискучим предметом у руці. Вважаючи, що він збирається її вбити після зґвалтування, вона схопила цеглину і нанесла нею удар по голові, чим завдала йому тяжкі тілесні ушкодження. Насправді чоловік хотів її розв'язати і відпустити, а блискучий предмет у руці був ножицями. В цьому випадку має місце уявна оборона, оскільки жінка захищалась від нового уявного посягання – позбавлення її життя.

Однак, в той же час судова практика показує, що досить часто уявна оборона використовується як шлях для ухилення винної особи від кримінальної відповідальності. Так, наприклад не були визнані уявною обороною дії Р., який після того, як його знайомі В. і Н. побили його на вулиці, зайшов в їхню спільну квартиру і взявши ніж, заподіяв В. і Н. ножові поранення, від яких В. помер, а Н. отримав тяжкі тілесні ушкодження. У касаційній скарзі Р. заявив, що він знаходився у стані уявної оборони, оскільки В. і Н. погрожували його вбити у квартирі. Однак на основі доказів було встановлено, що В. і Н. вимагали, щоб Р. пішов з квартири не вчиняючи щодо нього ніякого посягання, а нанесення Р. ножових поранень В. і Н.

було здійснене з метою помсти за його побиття на вулиці. Колегія суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України, на нашу думку, виправдано залишив касаційну скаргу Р. без задоволення і вирок без зміни [145].

В будь-якому випадку, оцінюючи наявність чи відсутність в певній ситуації вищевказаних нами видів уявної оборони, суд для правильності висновків в кожній конкретній справі повинен чітко встановити два фактори: 1) чи дійсно дії потерпілого в даній негативній обстановці могли і повинні були сприйматися особою як суспільно небезпечне посягання; 2) чи могла особа якимось чином усвідомлювати помилковість свого припущення.

Узагальнюючи вищезазначене ми можемо зробити висновок, що уявна оборона є досить складним самостійним інститутом, який відрізняється від необхідної оборони. Специфіка уявної оборони полягає в тому, що з одного боку вона досить часто може бути присутня в певних екстремальних ситуаціях у житті людини, а з іншого є «шпаринкою» для ухилення винної особи від кримінальної відповідальності при вчиненні злочину. Правильне розуміння цього інституту, як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння, зокрема здійснений нами теоретичний аналіз складу цього правомірного проступку та виділення певних видів уявної оборони допоможе покращити механізм її правового розуміння і стане ще одним кроком вперед на шляху розвитку в Україні правової держави.

2.3. Умови правомірності та перевищення меж необхідної оборони.

Закріплене Конституцією та Кримінальним кодексом України (далі – КК України) право кожного на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання на свої права і свободи, своє життя і здоров'я, власність, життя й здоров'я інших людей є правомірним лише при дотриманні встановлених для цього права умов та меж. Для визначення необхідної оборони правомірною потрібна наявність певних умов – закріплених у законодавстві положень, які характеризують її основні властивості. Закон у повному обсязі не дає визначення цих умов. Деякі з них знайшли своє законодавче закріплення у ст. 36 КК України, інші впливають із

загальних постулатів кримінального права і конкретизуються теорією та практикою його застосування. В науці кримінального права існують два підходи стосовно класифікації умов правомірності необхідної оборони.

За першим підходом, який традиційно склався у науці кримінального права, умови правомірності необхідної оборони поділяються на дві групи: 1) умови, які відносяться до нападу – умови, які встановлюють наявність обставин, що дають можливість діяти за правилами необхідної оборони; 2) умови, що відносяться до захисту – умови, які встановлюють правомірність дій особи, що здійснює необхідну оборону [150, с. 252].

Однак серед вчених-юристів немає єдиної думки з приводу кількості і якості зазначених умов. Так, одні автори, до умов, що характеризують посягання, відносять: а) суспільну небезпеку посягання; б) наявність посягання; в) дійсність посягання. Як умови, що характеризують захист виокремлюють наступні: а) захисту підлягають права та інтереси того, хто обороняється, права та інтереси інших осіб, інтереси суспільства і держави; б) захист може здійснюватися шляхом спричинення шкоди лише тій особі, яка здійснює напад, а не третій особі; в) захист не може перевищувати меж необхідної оборони [150, с. 253-255]. Інші вважають, що цю класифікацією необхідно доповнити ще однією умовою – своєчасність захисту [98, с. 47].

За другим підходом, який був панівним у дореволюційній доктрині кримінального права, умови правомірності необхідної оборони також поділяються на дві групи: 1) умови виникнення і припинення права на необхідну оборону; 2) умови, що характеризують межі необхідної оборони. Із цих положень випливало, що при оцінці правомірності необхідної оборони потрібно визначити: по-перше ознаки, що визначають підстави для застосування необхідної оборони, і по-друге межі можливої поведінки особи, що здійснює оборону [41, с. 17; 44, с. 20]. Відповідно умовами правомірності необхідної оборони, що визначають її виникнення і припинення, або, іншими словами, підстави необхідної оборони, є: а) суспільна небезпечність посягання; б) реальність посягання; в) заподіяння шкоди тільки тому, хто посягає. До умов правомірності необхідної оборони, що визначають межі

захисту відносились такі: а) захист має здійснюватися вчасно; б) захист не повинен перевищувати меж необхідної оборони [21, с. 75; 30, с. 11].

Ми підтримуємо перший підхід класифікації умов правомірності необхідної оборони і вважаємо, що він найбільш повно відображає основні положення цього кримінально-правового інституту. Однак, на нашу думку, умови, які відносяться до нападу необхідно називати умовами, які відносяться до посягання, оскільки суспільно небезпечне посягання може відбуватись не тільки шляхом нападу, а і у формі інших кримінально-правових дій (наприклад крадіжка, хуліганство та інші). Тому, на нашу думку, умови необхідної оборони необхідно поділяти на: 1) умови, які відносяться до посягання; 2) умови, які відносяться до захисту.

Крім того, ми поділяємо думку Н. Н. Паше-Озерського, відповідно до якої доцільно відмовитися від такої ознаки, як наявність посягання, а більш правильним буде застосувати замість неї таку ознаку, як своєчасність захисту [98, с. 47]. Ми вважаємо, що ознака «своєчасність захисту» більш повно характеризує наявність у необхідної оборони часових меж і, крім того, вона використовується в теорії кримінального права при визначенні понять «передчасна» та «запізніла» оборона.

Таким чином ми пропонуємо наступну класифікацію умов необхідної оборони:

1) умови, які відносяться до посягання – умови, які встановлюють наявність обставин, що дають можливість діяти за правилами необхідної оборони. До них належать: а) суспільна небезпека посягання; б) дійсність (реальність) посягання.

2) умови, які відносяться до захисту – умови, які встановлюють правомірність дій особи, що здійснює необхідну оборону. До них належать: а) правомірність об'єкту захисту; б) спричинення шкоди лише особі, що посягає; в) своєчасність захисту; г) правомірність меж захисту.

Розглянемо умови правомірності необхідної оборони, які відносяться до посягання. До цієї групи умов належать: а) суспільна небезпека посягання; б) дійсність (реальність) посягання.

Суспільна небезпечність діяння, яке утворює посягання за своїми характеристиками не відрізняється від загальної характеристики суспільної

небезпеки злочину. Під суспільною небезпечністю злочину в теорії кримінального права розуміється заподіяння тяжкої за своїм характером та ступенем шкоди при посяганні на найбільш важливі суспільні відносини, що охороняються нормами кримінального права [152, с. 27]. Суспільна небезпечність визначається: суспільною цінністю, важливістю тих суспільних відносин (об'єкту), на які спрямовано посягання; характером та розміром заподіяної шкоди; способом дії; мотивами дії; ступенем вини. Стосовно характеристик цієї ознаки в контексті умов правомірності необхідної оборони, можна зазначити, що посягання повинно бути злочинним, тобто кваліфікуватись за відповідною статтею Особливої частини КК України. В той же час правомірна необхідна оборона можлива проти злочинних діянь осіб, які за кримінальним законом не можуть виступати суб'єктами злочину (малолітні або неосудні особи).

Однак необхідна оборона не може застосовуватись проти правомірних дій громадян або посадових осіб навіть у випадку, коли вони заподіюють шкоду правоохоронюваним інтересам. Наприклад, особи, винні в опорі представнику влади при виконанні ним службових обов'язків, працівнику правоохоронного органу при виконанні ним своїх службових обов'язків, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону чи військовослужбовцю при виконанні цими особами покладених на них обов'язків з охорони громадського порядку, підлягають кримінальній відповідальності за ст. 342 КК України.

Також, необхідна оборона не припускається при провокації необхідної оборони, якою визнаються дії особи, які вчинені з метою викликати на себе суспільно небезпечне посягання. Як зазначає М. Й. Коржанський «...такі дії, вчинюються з метою викликати на себе напад, щоб потім була можливість дати гідну відсіч (помститися), посилаючись на те, що був змушений оборонятися, тобто опинився в стані необхідної оборони» [47, с. 58]. На нашу думку положення про провокацію необхідної оборони доцільно закріпити у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» і викласти їх наступним чином: «Не виникає стану необхідної оборони у випадку вчинення особою дій, направлених на провокацію щодо себе суспільно

небезпечного посягання з метою подальшого його відбиття і спричинення шкоди посягаючому».

Дійсність (реальність) суспільно небезпечного посягання полягає у тому, що воно існує об'єктивно, а не в уяві особи, яка здійснює захист. В тому випадку, коли особа вчинила оборонні дії від уявного посягання, вони повинні оцінюватися з точки зору уявної оборони або кримінальної відповідальності на загальних підставах, в залежності від того, чи усвідомлювала особа помилковість свого припущення і чи негативна оточуюча обстановка давала їй достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання. Ці питання розглядалися у підрозділі 2.2. дисертації при вивченні уявної оборони, як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння.

Слід зазначити, що деякі автори відкидають ознаку дійсності посягання як одну з умов, що визначають правомірність необхідної оборони. Так Ю. М. Ткачевський відзначає, що наявністю посягання охоплюється і його дійсність. В. Ф. Кириченко з цього приводу писав: «Видається невдалим саме встановлення ознаки дійсності нападу як однієї з умов правомірності необхідної оборони. Ця ознака не визначає якоїсь особливої якості нападу, що створює право необхідної оборони, а констатує лише, що напад повинен існувати в реальній дійсності» [40, с. 81].

Ми не поділяємо цієї точки зору і вважаємо, що дійсність посягання повинна існувати як самостійна ознака правомірності необхідної оборони, оскільки саме за цією ознакою необхідна оборона відрізняється від уявної, про що зазначалося у підрозділі 2.2. дисертації. Крім того, дійсність посягання не можна ототожнювати з його наявністю, оскільки наявність посягання є в більшій мірі його часовою ознакою і характеризує його здійснення у певних часових межах, а дійсність характеризує існування чи не існування посягання взагалі.

Розглянемо умови правомірності необхідної оборони, які відносяться до захисту. До цієї групи умов належать: а) правомірність об'єкту захисту; б) спричинення шкоди лише особі, що посягає; в) своєчасність захисту; г) правомірність меж захисту.

Правомірність об'єкту захисту означає, що захист при необхідній обороні повинен здійснюватися відносно життя і здоров'я, прав і свобод, власності особи, що захищається або іншої особи, а також відносно суспільних інтересів. При цьому, захист інтересів інших осіб припустимий незалежно від їх згоди на надання такої допомоги від посягання і не залежить від їх звернення про допомогу. Небажання потерпілого захищатися від суспільно небезпечного посягання не виключає права необхідної оборони з боку третьої особи, яка вжила заходів щодо захисту потерпілого за власною ініціативою. При цьому необхідно зазначити, що захисту при необхідній обороні вищевказані об'єкти підлягають лише в тому випадку, якщо вони прийняті під охорону нормами кримінального права [150, с. 257]. В тому випадку, якщо ці об'єкти поставлені під охорону нормами адміністративного права, наприклад при адміністративному хуліганстві, необхідна оборона повинна здійснюватися за правилами, передбаченими ст. 19 КУпАП.

Спричинення шкоди особі, яка здійснює посягання означає, що захист при необхідній обороні визнається правомірним за умови спричинення шкоди саме тій особі, яка посягає, а не іншій особі, яка непричетна до суспільно небезпечного посягання. Завдання шкоди третій особі виключає стан необхідної оборони. У випадку завдання шкоди третій особі, непричетній до посягання, дії особи, що захищається, повинні розглядатися з точки зору уявної оборони або кримінальної відповідальності на загальних підставах, в залежності від обставин справи. Більш детально це питання розглянуто у підрозділі 2.2. дисертації при визначенні видів уявної оборони. Пленум Верховного Суду України в п. 3 постанови «Про судову практику у справах про необхідну оборону» зазначає, що у випадку «якщо при необхідній обороні випадково заподіяно шкоду не причетній до нападу особі, відповідальність може наставати залежно від наслідків за заподіяння шкоди через необережність» [102, с. 31].

Своєчасність захисту при необхідній обороні полягає у тому, що захист повинен за часом співпадати із суспільно небезпечним посяганням. Це означає, що на момент вчинення захисних дій суспільно небезпечне посягання існує об'єктивно у відповідній системі часових координат, тобто вже розпочалося або повинно

буквально зараз розпочатись, але ще не закінчилось. В той же час необхідна оборона можлива не лише від суспільно небезпечного посягання, яке вже розпочалося, але і від реальної загрози такого посягання. Тобто, у випадку, коли існує реальна загроза здійснення суспільно небезпечного посягання і воно повинно буквально зараз розпочатись, у особи, що захищається, виникає право на необхідну оборону. Як зазначає постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» від 26.04.2002 року «...при з'ясуванні наявності такої загрози необхідно враховувати поведінку нападника, зокрема спрямованість умислу, інтенсивність і характер його дій, що дають особі, яка захищається, підстави сприймати загрозу як реальну» [102, с. 31].

Закінчення суспільно небезпечного посягання можливо у випадках: досягнення особою мети посягання; припинення посягання завдяки активності оборони, втручанням сторонніх або посадових осіб; добровільної відмови від посягання [150, с. 254]. Однак, в будь-якому випадку момент закінчення посягання має бути явним, зрозумілим для особи, що захищається. Поняття «явності» і «зрозумілості» закінчення посягання є оціночними критеріями, які в кожному конкретному випадку оцінюються судом в залежності від обставин справи. З цього приводу Верховний Суд України розробив певні критерії: 1) перехід використаних при нападі знарядь або інших предметів від нападника до особи, що захищається, не завжди свідчить про закінчення посягання; 2) суспільно небезпечне посягання може викликати у особи, яка захищається, сильне душевне хвилювання в якому вона не завжди може оцінити момент завершення посягання.

Встановлення умови своєчасності та, відповідно, часових вимог до необхідної оборони пов'язано з тим, що захисні дії при необхідній обороні здійснюються для негайного відвернення або припинення суспільно небезпечного посягання. Така ситуація виникає тоді, коли зволікання з боку того, хто захищається, в заподіянні шкоди посягаючому, загрожує негайною і явною шкодою його життю і здоров'ю, правам і свободам, власності а також суспільним інтересам. Таким чином, надаючи громадянам право на необхідну оборону, закон має на увазі лише такі випадки захисту, за яких громадянин змушений невідкладно заподіяти шкоду особі, що

посягає, з тим, щоб відвернути чи припинити посягання та ефективно здійснити захист. Якщо ж така невідкладна потреба не виникла або, навпаки, вже минула, то виникає ситуація «передчасної» або «запізнілої» оборони, при яких оцінка дій особи буде здійснюватись з точки зору кримінальної відповідальності на загальних підставах.

Правомірність меж захисту означає, що захист не повинен перевищувати меж необхідної оборони. Ч. 3 ст. 36 КК України визначає, що перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього кодексу.

Узагальнюючи вищезазначені умови правомірності необхідної оборони ми можемо зробити висновок, що інститут необхідної оборони є досить складною юридичною конструкцією для праворозуміння «звичайними» громадянами. Про це зазначають багато авторів, які вказують, що обравши шлях загального визначення правомірності необхідної оборони (на всі випадки життя), законодавець тим самим поставив потенційного суб'єкта необхідної оборони в ситуацію, за якої він повинен не тільки дочекатися нападу, але і визначити його спрямованість (на життя чи інші блага) і з'ясувати характер застосованого насильства, тобто вирішити ті питання, що викликають труднощі навіть у фахівців і які без роз'яснення Пленуму Верховного Суду однозначно тлумачитися не будуть [33, с. 34].

Розглянемо питання про визначення поняття «межі необхідної оборони». В теорії кримінального права не існує визначення цього поняття. Його намагалися дати багато вчених, зокрема Ю. В. Баулін, який зазначав, що «межею необхідної оборони визнається спричинення тому, хто посягає шкоди, яка відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту» [5, с. 248]. Однак, зрозуміло, що визначення цього поняття через формальні критерії перевищення меж необхідної оборони, закріплені в ч. 3 ст. 36 КК України, не є повним і містить певну формалізацію.

На нашу думку поняття «межа необхідної оборони» – це грань її правомірності, яка визначається особливостями кожного конкретного суспільно небезпечного посягання. Ми вважаємо, що «межа необхідної оборони» є оціночним поняттям, як наприклад категорії «розумність», «розумна людина» у кримінальному праві Англії та США [97, с. 59-60], або як категорія «необґрунтоване посягання» у кримінальному праві Франції [96, с. 80], яке неможливо визначити через формалізовані поняття і в кожному конкретному випадку необхідної оборони її межа залежить від конкретних обставин справи.

Проаналізувавши кримінально-правові норми, що регулюють необхідну оборону ми можемо виділити наступні види її меж: 1) часові; 2) вчинення оборонних дій (заподіяння шкоди).

Часові межі необхідної оборони пов'язані із початком і закінченням права на необхідну оборону і залежать, відповідно, від початку і закінчення суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення. Перевищення часових меж необхідної оборони тягне за собою відсутність права на необхідну оборону і, відповідно, кримінальну відповідальність на загальних підставах.

Межі вчинення оборонних дій (заподіяння шкоди) пов'язані із можливістю особи здійснювати певні захисні дії і заподіювати ними відповідну шкоду тому, хто посягає, в залежності від конкретних ознак посягання і захисту. Вони законодавчо закріплені в частинах 3 та 5 ст. 36 КК України. При перевищенні меж вчинення оборонних дій (заподіяння шкоди) кримінальна відповідальність настає за двома привілейованими складами злочинів, передбаченими ст.ст. 118 та 124 КК України.

Перейдемо до розгляду кримінально-правових норм про перевищення меж необхідної оборони. Загалом, питання про перевищення меж необхідної оборони є досить актуальними на сьогоднішній день у зв'язку з існуючою практикою скасування рішень судів першої інстанції по цій категорії справ, через неправильне застосування кримінально-правових норм.

В теорії кримінального права не існує детального визначення поняття «перевищення меж необхідної оборони». При визначенні цього поняття в вітчизняному кримінальному праві посилаються на ч. 3 ст. 36 КК України, в якій

зазначено, що «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту» [48, с. 85; 3, с. 86].

В той же час в науці кримінального права існують різні визначення цього поняття. Так Н. Н. Паше-Озерський зазначає, що перевищення меж необхідної оборони полягає в тому, що особа, яка знаходиться у стані необхідної оборони, здійснює надмірний захист і в процесі оборони заподіює особі, що посягає, шкоду, яка не сумісна з характером і безпекою посягання та не виправдовує важливості охоронюваних інтересів [98, с. 92]. М. І. Якубович вказує, що перевищення меж необхідної оборони має місце в тому випадку, якщо особа, що обороняється, застосовує такі засоби захисту, які явно не обґрунтовані ні характером нападу ні реальною обстановкою і закінчуються, як правило, або позбавленням життя нападника, або заподіянням йому важкого чи менш важкого тілесного ушкодження. Більш просте визначення дає Ю. В. Баулін: «Перевищення меж необхідної оборони – це завідоме спричинення особі, що посягає тяжкої шкоди (смерті або тяжких тілесних ушкоджень), яка явно неспіврозмірна з небезпечністю посягання чи явно не відповідає обстановці захисту» [5, с. 259].

Проаналізувавши ці визначення можна зробити висновок, що в них при характеристиці наявності/відсутності перевищення меж необхідної оборони робиться акцент на наявності або відсутності тяжкої шкоди, яка заподіюється особі, що посягає. Така тенденція існує і у слідчій та судовій практиці. Зокрема в деяких випадках при розгляді питання про наявність/відсутність в діях особи, що захищається перевищення меж необхідної оборони, суди першої інстанції оцінюють межі необхідної оборони з точки зору наявності чи відсутності спричинення особі, що посягає тяжкої шкоди або позбавлення її життя і якщо такі наслідки оборонних дій є, то дії особи, що захищається в таких випадках кваліфікуються як перевищення меж необхідної оборони за статтями 118 і 124 КК України. При цьому не враховуються інші обставини конкретного випадку захисту, зокрема можливість і правомірність вчинення саме таких оборонних дій особою, що захищається, які призвели до вищевказаних наслідків і які, на нашу думку, можуть бути не менш

важливими при вирішенні цього питання. В результаті це призводить до скасування судових рішень судами вищих інстанцій. Так, наприклад, вироком Підволочиського районного суду Г. було засуджено за те, що під час захисту від М. і В., які почали безпричинно його бити, він перевищивши межі необхідної оборони, вдарив М. ножом і заподіяв йому тяжкі тілесні ушкодження. Однак, вирішуючи питання про наявність у діях Г. перевищення меж необхідної оборони, суд не врахував інших обставин справи, а саме: напад на Г. було вчинено на безлюдній вулиці і раптово; напад на Г. здійснили двоє молодих і фізично здорових людей М. і В., сам же Г. був фізично слабкий, оскільки переніс інфаркт та операцію на нозі; М. і В. безпричинно побили Г., незважаючи на те, що він їх попередив, що захищатиметься за допомогою ножа. За таких обставин Г. був вправі захищатися наявними у нього засобами, в тому числі із застосуванням ножа, бо інших предметів для відбиття нападу хуліганів у нього не було. Постановою Тернопільського обласного суду, в якій були враховані ці обставини, вирок щодо Г. був скасований і провадження у справі було закрито через відсутність в його діях складу злочину [105]. Тобто, в даному випадку, Підволочиський районний суд при розгляді питання про перевищення Г. меж необхідної оборони зосередився виключно на заподіянні Г. тяжких тілесних ушкоджень М. і не врахував інші важливі обставини справи.

Ще один приклад з практики: на К. напали Т., Г. і Щ., які перед тим погрожували йому розправою. Захищаючись К. напилком ударив Щ. в груди, той від поранення серця помер. Суд засудив К. за вбивство при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК України). Верховний Суд України скасував вирок суду, припинивши справу за відсутністю в діях К. складу злочину. Було зазначено, що на К. напали три особи, які і до цього погрожували йому розправою. При такому співвідношенні сил застосування К. напилка не може розцінюватись як перевищення меж необхідної оборони. В цьому випадку місцевий суд також, при розгляді питання про перевищення К. меж необхідної оборони, зосередився виключно на вбивстві Щ. від удару напилком К. і не врахував інші важливі обставини справи.

В той же час в кримінально-правовому регулюванні інституту необхідної оборони деяких зарубіжних країн існує більш розширена концепція оцінки таких оборонних дій, при якій правомірність необхідної оборони особи, що захищається, оцінюється, в першу чергу, з точки зору співмірності її дій із небезпечністю посягання і обстановкою захисту, а заподіяння шкоди виступає як додатковий наслідок таких дій. Так, згідно з ст. 122-5 КК Франції не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка при злочинному посяганні на неї або на інших осіб вчинює в той самий час дії, продиктовані необхідністю захисту себе чи інших осіб, за винятком невідповідності між використаними засобами захисту і серйозністю посягання [114, с. 130]. В Англії Законом «Про кримінальне право» передбачено, що необхідна оборона здійснюється шляхом застосування особою розумної фізичної сили для захисту себе, іншої особи та майна [68, с. 61; 153, с. 109].

Ми вважаємо, що подібна концепція повинна мати закріплення у нашому кримінальному законодавстві. Тобто, при теоретичному визначенні та практичному розгляді питання про наявність/відсутність перевищення меж необхідної оборони, слідчі та суди повинні визначати в першу чергу правомірність оборонних дій особи, що захищається від суспільно небезпечного посягання, які мають бути необхідними і достатніми для негайного відвернення чи припинення такого посягання, а не тільки розмір завдання шкоди особі, що посягає (побої, легкі, середні або тяжкі тілесні ушкодження, смерть та ін.), який повинен розглядатися лише як наслідок таких оборонних дій, що може як виникнути, так і не виникнути [84, с. 380-381]. Так, наприклад, якщо суд визнає правомірним, що особа при груповому нападі на неї, за наявних під час нападу обставин та фактів, мала право відмахнутися ножом від нападаючих, то наслідки такого удару (розмір завданих таким ударом тілесних ушкоджень), на нашу думку, не повинні принципово впливати на кваліфікацію правомірності необхідної оборони та відсутності перевищення її меж, навіть якщо один із нападаючих в момент удару, випадково нахилившись вперед, отримав удар у шию замість тулуба, і від цього удару ножом помер.

Наприклад, М. на підвір'ї свого будинку під час сварки з Л., яка образила його і вдарила рукою в обличчя, з метою запобігти її подальшим неправомірним

діям відштовхнув її від себе, внаслідок чого вона впала і від удару об асфальт одержала перелом шийки правого стегна зі зміщенням, що спричинило їй тяжкі тілесні ушкодження. За вироком Старобешівського районного суду Донецької області М. заподіяв потерпілій тяжке тілесне ушкодження при перевищенні меж необхідної оборони і його було засуджено на один рік виправних робіт без позбавлення волі. Однак, під час судового засідання М. заперечував свою винність, показав що Л. почала сваритися з ним за межу земельних ділянок, потім ударила його рукою в обличчя, заподіявши садна (які згідно з висновком судово-медичної експертизи було віднесено до легких тілесних ушкоджень), а коли спробувала вдарити ще раз, він відштовхнув її від себе і вона впала на асфальт. Згідно з поясненнями Л. після того, як вона вдарила М. в обличчя, останній схопив її за плече і відштовхнув, від чого вона впала й одержала тілесне ушкодження. Верховний Суд України, врахувавши ці обставини та факти, скасував рішення районного суду і справу щодо М. було закрито за відсутністю в його діях складу злочину [147]. Таким чином, в цьому рішенні Верховного Суду України основна увага приділялась не наслідкам діяння М. – тяжким тілесним ушкодженням Л., а всім обставинам та фактам, що супроводжували цю подію і дали можливість оцінити правомірність оборонних дій М. (можливість відштовхнути Л. від себе), а не їх наслідки (падіння Л. та отримання нею тілесних ушкоджень) і зробити правильний висновок про відсутність в діях М. перевищення меж необхідної оборони.

Тому, враховуючи викладенні обставини та судову практику, яка має певне накопичення, ми вважаємо за доцільне запропонувати викласти перевищення меж необхідної оборони у ч. 3 ст. 36 КК України наступним чином: «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту» [84, с. 381-382]. В даному визначенні основний акцент робиться саме на фразі про «умисне вчинення особою, що захищається дій...», а не про «умисне заподіяння тому, хто посягає тяжкої шкоди...», що закріплено в діючому КК України. Відповідно до цього

поняття «перевищення меж необхідної оборони» можна визначити як «умисне вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту». На нашу думку саме таке визначення повинно направити основну увагу при аналізі питання про перевищення меж необхідної оборони на оборонні дії особи, що захищається, а вже потім на завдання шкоди, як можливий (додатковий) наслідок таких дій [84, с. 382].

При оцінці вчинених оборонних дій особою, що захищається, також потрібно враховувати їх відповідність суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту. Відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» суди повинні враховувати не лише відповідність чи невідповідність знярядь захисту і нападу, а й характер небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, та обставини, що могли вплинути на реальне співвідношення сил, зокрема: місце і час нападу, його раптовість, неготовність до його відбиття, кількість нападників і тих, хто захищався, їхні фізичні дані (вік, стать, стан здоров'я) та інші обставини [102, с. 32].

На основі цього можливо зазначити, що загальними критеріями правомірності оборонних дій особи, що захищається, є суспільна небезпечність посягання та обстановка захисту. Суспільна небезпечність посягання, на нашу думку, визначається: а) об'єктом посягання (наприклад при посяганні на життя особа, що захищається, може здійснювати оборонні дії, направлені на позбавлення життя нападника, однак при посяганні на власність, наприклад крадіжці гаманця, здійснення оборонних дій, направлених на позбавлення життя крадія є явним перевищенням необхідної оборони); б) фізичними даними особи, що посягає (зріст, вага, статура, вік, стать); в) наявністю і використанням тим, хто посягає, зброї для нападу (холодної, травматичної, вогнепальної); г) кількістю осіб, що посягають. Обстановка захисту, на нашу думку, визначається такими загальними критеріями: а) фізичними можливостями особи, що захищається (вік, стать, вага, зріст, стан здоров'я); б) обстановкою, в якій відбувалося посягання (в житлі особи, на вулиці, світлий або темний час); в) психічним станом, в якому перебувала особа, що

захищалася (наприклад в стані сильного душевного хвилювання). Вказані нами критерії є загальними, на основі яких в кожному конкретному випадку потрібно визначати правомірність здійснення особою оборонних дій від суспільно небезпечного посягання [91, с. 110].

Перейдемо до розгляду питання про класифікацію (виділення певних видів) як необхідної оборони, так і перевищення її меж. В науці кримінального права існують різні класифікації цих категорій. Так, Ю. В. Баулін в залежності від суспільної небезпечності посягання і обстановки захисту виділяє два види перевищення меж необхідної оборони: перевищення меж допустимої шкоди та перевищення меж достатньої шкоди [5, с. 259]. Виділення цих видів залежить від особливостей правової підстави необхідної оборони (посягання, яке представляє або не представляє велику суспільну небезпеку), так і від фактичної підстави (відносно сприятлива або несприятлива обстановка захисту). Перевищенням меж допустимої шкоди необхідно вважати умисне спричинення особою у несприятливій обстановці захисту тому, хто посягає смерті або тяжких тілесних ушкоджень при захисті від посягання, яке не представляє великої суспільної небезпеки. Воно має місце там, де при захисті від посягання відносно невеликої суспільної небезпечності, наприклад при припиненні порушень громадського порядку, особа, яка захищалася, умисно заподіює тому, хто посягає, смерть або тяжкі тілесні ушкодження. Перевищення меж достатньої шкоди має місце там, де особа, що захищається, умисно заподіює тяжку шкоду тому, хто посягає (смерть або тяжкі тілесні ушкодження), яка хоча і співмірна із суспільною небезпечністю посягання, однак явно не відповідає відносно сприятливій обстановці захисту. Цей вид перевищення визначається тим, що особа, яка захищається, усвідомлюючи свою очевидну перевагу над тим, хто посягає, умисно, без необхідності позбавляє його життя або завдає тяжких тілесних ушкоджень [5, с. 260-261]. Такої ж думки придержуються В. В. Сташис та В. Я. Тацій, які зазначають, що можливо виділити два види ексцесу (перевищення меж) необхідної оборони: перевищення меж допустимої шкоди та перевищення меж достатньої шкоди [51, с. 300].

В кримінальному законодавстві РФ існують наступні види необхідної оборони: 1) необхідна оборона від посягання, поєданого з насиллям, яке небезпечне для життя особи, що захищається чи іншої особи або з реальною загрозою застосування такого насильства; 2) необхідна оборона від посягання, поєданого з насиллям, яке не є небезпечним для життя особи, що захищається чи іншої особи або з реальною загрозою застосування такого насильства. В першому випадку необхідна оборона є завжди правомірною і межі перевищення для неї відсутні, а у другому не може перевищувати допустимих меж [15, с. 19; 125, с. 21-22].

Проаналізувавши кримінально-правові норми про необхідну оборону в ст. 36 КК України ми пропонуємо свою класифікацію видів необхідної оборони і вважаємо що можна виділити наступні її види:

- 1) загальна;
- 2) виключна;
- 3) спеціальна.

Загальна необхідна оборона має місце тоді, коли особа зіткнулася із «звичайним» суспільно небезпечним посяганням без будь-яких особливостей і здійснює захисні дії, які відповідають небезпечності посягання та обстановці захисту, відповідно до ч. 1 ст. 36 КК України. При цьому ні суспільно небезпечне посягання, ні обстановка захисту, ні психологічний стан особи, що захищається від нього не мають якихось певних особливостей, передбачених у кримінальному законі.

Виключна необхідна оборона пов'язана із психічним ставленням особи до суспільно небезпечного посягання, яке може викликати у неї сильне душевне хвилювання, відповідно до ч. 4 ст. 36 КК України. В такому випадку особа, що захищається взагалі не може підлягати кримінальній відповідальності, оскільки вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту. Наведемо приклад виключної необхідної оборони з практики: Артемівський районний суд Донецької області вироком від 19 січня 2004 р. засудив Б., раніше двічі судимого за корисливі злочини, за ст. 116 КК України на три роки

позбавлення волі. Б. було визнано винним у тому, що він 29 травня 2003 р. приблизно о 4-й годині 30 хвилин з ревнощів і помсти, перебуваючи в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок тяжкої образи та протизаконного насильства щодо нього та близької йому людини – М. із боку І., умисно завдав останньому 11 ударів ножем у життєво важливі органи, внаслідок чого І. помер.

Апеляційний суд Донецької області ухвалою від 6 квітня 2004 р. вирок щодо Б. скасував і справу закрит на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК – за відсутністю в його діях складу злочину. При цьому апеляційний суд зазначив, що І. застосував до Б. і близької йому людини протиправне насильство, а саме: І., коли Б. не було вдома, вибив уночі входні двері в будинку, де Б. і М., з якою останній перебував у фактичних шлюбних стосунках, проживали з малолітніми дітьми; у присутності дітей силою примусив М. піти з дому, що викликало у дітей почуття страху та про що 10-річна дитина повідомила Б.; згвалтував М. і в той час, коли Б. знайшов їх, на очах у нього завдавав їй ударів. Все це на ґрунті емоційного напруження викликало у Б. стан сильного душевного хвилювання, в якому він не міг об'єктивно оцінювати реальність посягання та відповідність заподіяної ним шкоди небезпечності посягання, що згідно з ч. 4 ст. 36 КК України виключає кримінальну відповідальність. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України залишила касаційне подання прокурора без задоволення і ухвалу апеляційного суду Донецької області без зміни [106, с. 30-31]. В даному випадку апеляційний суд, дослідивши всі обставини справи, правильно визначив наявність виключної оборони в діях Б. і скасував незаконне рішення місцевого суду.

Додатково до питання про виключну необхідну оборону потрібно також зазначити, що в останнє десятиліття, як вказують багато вчених, у світі все більшого розповсюдження набуває підхід, за яким особа не підлягає кримінальній відповідальності або може бути повністю звільнена від неї у випадку перевищення меж необхідної оборони, якщо дії особи були здійснені при переляку, сильному душевному хвилюванні, замішанні, страху та інших подібних станах психіки (КК Австрії, Болгарії, Германії, Греції, Польщі) [15, с. 21]. Цей підхід засновується на

тому, що людина у стані афекту не розуміє, що вона робить і не може керувати своїми вчинками, а тим паче оцінювати їх правомірність з точки зору необхідної оборони. Тому, як зазначається в науковій літературі, доцільно буде доповнити ст. 36 КК України положенням, що перевищення меж необхідної оборони внаслідок страху, переляку чи під впливом афекту виключає кримінальну відповідальність [22, с. 120-121].

Спеціальна необхідна оборона має місце при захисті особи від посягань, які в силу своїх особливостей становлять найвищу суспільну небезпеку і перелік яких закріплений у ч. 5 ст. 36 КК України. При захисті від таких посягань особа, що захищається має право застосовувати будь-які засоби захисту, в тому числі і зброю та не підлягає кримінальній відповідальності за перевищення меж необхідної оборони незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяла тому, хто посягає. Частина 5 ст. 36 КК України викладає положення про спеціальну необхідну оборону наступним чином: «не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає» [49, с. 97; 135, с. 84].

Аналізуючи ч. 5 ст. 36 КК України можна зазначити, що спеціальні випадки необхідної оборони мають місце при захисті від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку і до цих випадків відносяться захист від: 1) нападу озброєної особи; 2) нападу групи осіб; 3) протиправного насильницького вторгнення в житло або інше приміщення особи. Про те, що ці випадки захисту є спеціальними видами необхідної оборони, зазначають В. В. Сташис та В. Я. Тацій [51, с. 301], а П. Л. Фріс визначає їх як «ситуації підвищеної небезпеки для особи, яка була піддана нападу», при яких можливе застосування крайніх заходів [150, с. 261]. При спеціальних випадках необхідної оборони законодавець дозволяє використовувати особі, що захищається зброю або будь-які інші засоби і заподіяна нею шкода, згідно ч. 5 ст. 36 КК України, повинна у будь-якому випадку визнаватись правомірною.

Однак, незважаючи на те, що ч. 5 ст. 36 КК України прямо зазначає, що в зазначених вище випадках відсутнє перевищення меж необхідної оборони, вони ні в КК України ні в Пленумі Верховного Суду «Про судову практику у справах про необхідну оборону» не конкретизовані, що призводить до досить рідкого застосування їх на практиці. Тому, на нашу думку, доцільно більш детально розглянути та проаналізувати ці спеціальні види необхідної оборони із вивченням зарубіжного досвіду з цього питання, зокрема кримінального законодавства США, в якому існують подібні види необхідної оборони.

Відповідно до кримінального законодавства США захист (необхідна оборона) здійснюється шляхом застосування фізичної сили, яку можна поділити на: смертельну (вбивство нападаючого чи нанесення тяжкої шкоди його здоров'ю) і звичайну. Спеціальним випадкам необхідної оборони, передбаченим ч. 5 ст. 36 КК України у кримінальному праві США відповідає застосування смертельної фізичної сили. Згідно КК штату Нью-Йорк застосування смертельної фізичної сили можливо, коли особа, що захищається, розумно передбачає, що нападник застосовує або ось-ось почне застосовувати смертельну фізичну силу, а також у випадках, коли:

- а) особа вчиняє або намагається вчинити вбивство, викрадення людини, зґвалтування чи пограбування;
- б) особа намагається вчинити берглері (незаконне проникнення до житла з метою вчинити злочин);
- в) особа, на яку напали знаходиться у своєму житлі і не є початковим агресором;
- г) особа, на яку напали є працівником поліції, посадовою особою, що наглядає за дотриманням громадського порядку, або особою, яка першою надала допомогу [153, с. 110; 20, с. 121].

Розглядаючи ці випадки можна зробити висновок, що у кримінальному праві США передбачений більший перелік спеціальних випадків, під час яких особа має право наносити тяжку шкоду здоров'ю нападаючого, застосовуючи при цьому смертельну фізичну силу. Це можна зробити під час вчинення таких злочинів, як викрадення людини (ст. 146 КК України), зґвалтування (ст. 152 КК України),

пограбування (ст.ст. 186, 187 КК України), захисту житла від берглері та захисту нерухомого майна від підпалу.

Особливо цікавим є випадок захисту особою свого житла від берглері (незаконного проникнення до нього з метою вчинити злочин). У ч. 5 ст. 36 КК України йому відповідає випадок «попередження протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи», під час якого захист можливий із застосуванням зброї і нанесенням тяжкої шкоди здоров'ю нападника. Однак, цей випадок не враховує можливості агресора увійти до житла звичайним або оманним шляхом (наприклад сусіда по якій-небудь справі, особи, яка відрекомендувалась працівником соціальних служб чи працівником правоохоронних органів) і подальшого намагання після проникнення до житла вчинити тяжкий злочин у ньому. При такій ситуації положення про можливість нанесення при необхідній обороні тяжкої шкоди нападнику діяти не будуть, оскільки момент вторгнення до житла пройшов не протиправно. Тому, на нашу думку, перелік спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України потрібно доповнити наступним – «захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі», правомірність якого повинна залежати від оцінки того факту, чи дійсно особа, що посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи чи ні. Якщо особа, яка посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи, то захист від її посягання, незалежно від тяжкості завданої їй шкоди, не повинен вважатися перевищенням меж необхідної оборони [81, с. 533].

Наведемо на підтвердження наших аргументів приклад з практики: так, 08 червня 2001р. о 20 год. до будинку, де С. мешкав із своєю сім'єю зайшов П. у стані алкогольного сп'яніння. Коли С. запропонував йому піти проспатися, П. почав йому погрожувати, вихопив із рук С. металеву товкачку, а потім наніс С. один удар кулаком у груди, після чого схопив сокиру, але С. вибив її з рук. Продовжуючи небезпечне посягання, П. вдарив С. кулаком в обличчя і намагався продовжити побиття, але С. вирвався і, схопивши ніж зі столу, почав розмахувати ним перед П. Однак, П. продовжував наступати і наносити удари С., під час яких С. завдав П. удару ножом і внаслідок проникаючого поранення грудної клітини з пораненням

стілки гирла аорти П. помер. Вироком районного суду Сумської області від 5 жовтня 2001р. С. засуджено за умисне вбивство по ч. 1 ст. 115 КК України із застосуванням ст. 69 КК України на 5 років позбавлення волі. Ухвалою Верховного Суду України дії С. були перекваліфіковані на ст. 118 КК України (умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони) і покарання йому було змінено до 2 років позбавлення волі, оскільки він, захищаючи себе і свою сім'ю від суспільно небезпечного посягання у своєму житлі, застосував таке зброя, яке не відповідало небезпечності посягання та обстановці захисту [121, с. 74-75]. Тобто, в даному випадку, суд дійшов висновку про наявність в діях П. перевищення меж необхідної оборони у зв'язку з тим, що С. увійшов до житла П. не протиправно із-за чого немає підстав для застосування спеціального випадку «попередження протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи», за якого можливо нанесення будь-якої шкоди нападнику. Ми вважаємо, що в даному випадку покарання до С. застосовано не виправдано сурове, оскільки хоча П. і пройшов до житла С. з дозволу господаря, однак почавши в ньому бійку, схопивши небезпечні предмети (товкачку, сокиру) та, спробувавши здійснити суспільно небезпечне посягання у житлі С., він створив реальну загрозу не тільки С., а і його сім'ї (дружині з дітьми), які знаходилися у житлі. Цей приклад з практики наочно підтверджує необхідність доповнення спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України випадком «захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі», при якому необхідна оборона повинна визнаватись правомірною незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

Крім того, нам потрібно визначити саме поняття «протиправного насильницького вторгнення до житла», оскільки, як зазначають окремі автори, при цих діях не враховуються мотив і мета такого вторгнення у житло чи інше приміщення, а вони можуть бути різними. Якщо припустити, що це не має значення, тоді законодавець повинен був у ч. 5 ст. 36 КК України застосовувати формулу: «...вторгнення у житло чи інше приміщення з будь-якою метою» замість «протиправного насильницького вторгнення до житла» [160, с. 194]. В КК України існує стаття 162 «Порушення недоторканості житла», яка визначає кримінальну

відповідальність за незаконне проникнення до житла або іншого володіння з метою вчинити в них огляд, обшук або незаконне виселення особи. На нашу думку, під «протиправним насильницьким вторгненням до житла» при необхідній обороні потрібно розуміти протиправне проникнення особи до житла чи іншого приміщення шляхом подолання перешкод або опору людей з метою вчинити в ньому злочин [82, с. 116-117]. Відповідно, право на необхідну оборону під час захисту особи від суспільно небезпечного посягання у житлі за ч. 5 ст. 36 КК України виникає: 1) з початку здійснення дій, направлених на насильницьке вторгнення до житла; 2) коли особа, зайшла до житла зі згоди господаря і почала вчиняти в житлі тяжкий злочин. Відповідно, право на необхідну оборону закінчується: 1) коли особа припинила насильницьке вторгнення до житла або здійснення у ньому тяжкого злочину; 2) коли особа, в силу свого безпомічного стану, не може продовжувати насильницьке вторгнення до житла або здійснення у ньому тяжкого злочину. Таким чином ми визначили момент початку та закінчення виникнення стану необхідної оборони при захисті особи від «протиправного насильницького вторгнення до житла» та від «здійснення тяжкого злочину у її житлі».

Іншим спеціальним випадком необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України на який потрібно звернути увагу є «захист від нападу озброєної особи». Ми вважаємо, що в ч. 5 ст. 36 КК України його необхідно переформулювати на випадок «захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин», оскільки, по-перше підставою необхідної оборони є не тільки суспільно небезпечне посягання, а і реальна загроза його здійснення та, по-друге, озброєна особа може і не нападати на потерпілого, а, погрожуючи застосуванням зброї, створювати реальну загрозу його життю і здоров'ю, вимагати щоб потерпілий сів у машину з метою його викрадення чи вчиняти інші протиправні дії відносно потерпілого. Слово «напад» значно обмежує в таких випадках ініціативу потерпілого при нанесенні тяжкої шкоди особі, що посягає. Вказана позиція підтверджується також матеріалами з практики: 29 лютого 2004 р. вдень Ш. побачив, що на його подвір'я зайшов сусід Б., який почав розмахувати сокирою перед його матір'ю і погрожувати їй розправою. Побоюючись за життя матері, він схопив дерев'яний держак від

лопати, вибив ним сокиру з рук Б. і, після цього, ударив держакон його по голові, чим заподіяв Б. тяжкі тілесні ушкодження. Звенигородський районний суд Черкаської області вироком від 26 травня 2005 р. засудив Ш. за умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень по ч. 1 ст. 121 КК України на п'ять років позбавлення волі, оскільки Б. лише погрожував його матері сокирою, але не нападав на неї. Ухвалою Верховного Суду України дії Ш. були перекваліфіковані на ст. 124 КК України (заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони) і покарання йому було змінено до 2 років обмеження волі, оскільки Ш., сприйнявши дії озброєного сокирою Б. як реальну загрозу життю і здоров'ю матері, при цьому перевищив межі необхідної оборони. Це виразилось у тому, що після того, як він держакон вибив з рук Б. сокиру, посягання останнього було відвернене і завдання Ш. нового удару по голові Б., який призвів до тяжких тілесних ушкоджень, не було викликано необхідністю [121, с. 78-79]. В даному випадку позиція Верховного Суду України повністю збігається із нашими міркуваннями, щодо можливості застосування необхідної оборони під час погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин.

Також необхідно зазначити, що зарубіжне законодавство приділяє значну увагу застосуванню необхідної оборони під час захисту особою свого права власності. У американському кримінальному законодавстві зазначається, що при захисті нерухомого майна, дозволяється вдатися навіть до смертельної фізичної сили, якщо особа розумно вважає, що вона необхідна для попередження чи припинення підпалу. Для захисту рухомого майна особа має право використовувати звичайну фізичну силу, якщо вона розумно вважає, що це необхідно для попередження чи припинення крадіжки чи спроби нанесення шкоди майну [68, с. 63]. У французькому законодавстві також вказується, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка здійснила дії по захисту власності, за виключенням умисного вбивства, та при відповідності засобів захисту тяжкості злочинного діяння [114, с. 130]. Ми вважаємо, що в Україні також доцільно визначити основні положення про застосування необхідної оборони особою під час захисту своєї власності і закріпити їх у постанові Пленумі Верховного Суду «Про судову

практику у справах про необхідну оборону». Це допоможе уникнути протиріч при розгляді у суді правомірності завдання шкоди особою під час захисту своєї власності.

На підставі викладеного та з урахуванням визначених нами доповнень до спеціальних випадків необхідної оборони, ми вважаємо, що ч. 5 ст. 36 КК України «Необхідна оборона» можливо викласти у наступній редакції: «Не є перевищенням меж необхідної оборони й не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає» [81, с. 534; 82, с. 117].

Однак, в той же час судова практика показує, що досить часто захисники у кримінальних справах намагаються, за допомогою перевищення меж необхідної оборони, пом'якшити підсудним кримінальну відповідальність. При цьому вони прикривають перевищенням меж необхідної оборони такі злочини, як, наприклад, умисне вбивство або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вказуючи на протиправну поведінку потерпілого до підсудного. Наведемо з цього приводу приклад з практики: вироком Петровського районного суду м. Донецька від 20 червня 2006 р. засуджено М. за умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони по ст. 118 КК України на 2 роки виправних робіт, з утриманням щомісячно в дохід держави 20 % заробітку. Постановою стягнуто з М. 25 000 грн. на відшкодування моральної шкоди на користь потерпілої В. [107, с. 85].

Як зазначалось в матеріалах справи М. було засуджено за те, що він 12 серпня 2005 р. близько 18 год. 30 хв. приїхав разом із Л., О. і Н. до будинку по вул. Водолікувальній м. Донецька. Зайшовши у квартиру № 12 зазначеного будинку, де проживав К., він намагався з'ясувати у К. причини побиття тим Р. Однак К., будучи в стані алкогольного сп'яніння і тримаючи в руках металевий прут, почав висловлюватись нецензурною лайкою та замахнувся на М. прутом. Тоді М., перебуваючи в стані необхідної оборони, наніс К. два удари рукою по голові, від

яких останній впав на підлогу та випустив металевий прут. Після того М., перевищуючи межі необхідної оборони, наніс К. декілька ударів руками по голові, спричинивши закриту черепно-мозкову травму, що ускладнилася розвитком набряку головного мозку, в результаті чого К. помер на місці злочину.

Висновки суду про те, що К. погрожував М. і замахнувся на нього металевим прутом ґрунтувались на показаннях свідків Л., О. і Н., які приїхали разом з М. до будинку К., а також на показаннях свідка П., який був напарником Р. Ухвалою апеляційного суду Донецької області від 22 серпня 2006 р. вирок Петровського районного суду м. Донецька від 20 червня 2006 р. щодо М. залишено без зміни.

У касаційному поданні заступник прокурора Донецької області стверджував про неправильне застосування кримінального закону, неповноту дослідження доказів та помилкову кваліфікацію дій М. за ст. 118 КК України як органами досудового слідства, так і судом. Доводив, що М. не перебував у стані необхідної оборони і протиправно проник до житла К., тоді як К. в обстановці, що склалася, мав право захищати своє життя і вважав, що в діях М. є склад більш тяжкого злочину.

У касаційній скарзі потерпіла В. просила скасувати судові рішення щодо М. у зв'язку з неправильною кваліфікацією його дій і м'якістю покарання та стверджувала, що М. у стані необхідної оборони не перебував, а самоправно проник до житла її сина К., безпідставно умисно побив його, заподіявши тяжкі тілесні ушкодження, від яких син помер.

Верховний Суд України, вивчивши матеріали справи та обговоривши доводи касаційного подання і касаційної скарги задовольнив їх на таких підставах. На підтвердження винуватості М. у вчиненні вбивства з перевищенням меж необхідної оборони органи досудового слідства і суд послалися на докази протиправної поведінки К. щодо Р., яка мала місце 12 серпня 2005 р. у денний час на ринку, однак цей епізод не мав значення до вчинених подій, оскільки вони відбулися через тривалий час після цього і, крім того, як зазначив Р. у своїх показаннях, він не просив М. та інших втручатися у ситуацію та розбиратися з К. Також органи досудового слідства і суд не взяли до уваги інших доказів у справі, зокрема

відповідно до протоколу огляду місця події, що проводився 13 серпня 2005 року обстановка у квартирі порушена не була, предмета, схожого на металевий прут, при огляді не виявлено. Допитані в суді свідки Х., Щ. і Ц., які були сусідами К., а також потерпіла В. стверджували, що предметів, схожих на прут, за місцем проживання К. ніколи не було, зокрема й відразу після того, як група чоловіків поїхала, а сусіди виявили К. побитим [107, с. 86-87].

Відповідно до висновку додаткової судово-медичної експертизи, виявлені на трупі К. тілесні ушкодження, від яких настала його смерть, могли утворитися від не менш як п'ятикратної дії тупих предметів, але виключається можливість їх отримання за обставин, зазначених М. у судовому засіданні. Крім того суд не взяв до уваги попередні показання свідків Л., О. і Н., з яких вбачається, що вони приїхали разом з М. до будинку К. з метою розібратися з К. і без дозволу зайшли до його квартири, де потерпілий, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, спав на ліжку. Потерпілого стягли на підлогу, М. бив його руками по голові, від чого К. став хрипіти. Припинивши свої дії, М. та інші намагалися привести К. до свідомості, а потім поклали його на ліжку і всі залишили квартиру. При цьому М. на досудовому слідстві подав явку з повинною і визнавав себе винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК України, а потім змінив свої показання.

Наведені дані в сукупності свідчать про вчинення М. умисного заподіяння К. тяжких тілесних ушкоджень, від яких настала його смерть і відсутність в діях М. ознак необхідної оборони, за допомогою якої М. намагався прикрити свої злочинні дії. За таких обставин, оскільки ні досудовим слідством, ні судами першої та апеляційної інстанцій не було надано належної оцінки зібраним доказам, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України касаційне подання та касаційну скаргу задовольнила, вирок Петровського районного суду м. Донецька скасувала, а справу з вказівками направила на нове розслідування [107, с. 87].

Узагальнюючи вищезазначене, ми можемо зробити висновок що питання, які стосуються умов правомірності та перевищення меж необхідної оборони є досить складними і потребують покращення їх законодавчої регламентації, що і було

запропоновано в цьому підрозділі. Закріплення запропонованих нами вище положень у частинах 3, 5 ст. 36 КК України допоможе пом'якшити обвинувальну установку слідчих та суддів для особи, що захищається, і стане кроком вперед у напрямку розширення конституційного права особи на захист свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності від протиправних посягань.

Висновки до розділу II.

Проаналізувавши розділ II «Необхідна та уявна оборона у системі обставин, що виключають злочинність діяння» ми дійшли наступних висновків:

1) На підставі проведеного аналізу інституту необхідної оборони в кримінальному законодавстві України й восьми зарубіжних країн з різних правових сімей встановлено, що в кримінальному праві країн англо-американської правової сім'ї (США, Англії) об'єктом захисту при необхідній обороні є, по-перше, життя та здоров'я, права й свободи особи; по-друге життя та здоров'я, права й свободи інших осіб; по-третє, власність. Кримінальне законодавство України об'єктом захисту в необхідній обороні визначає «охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається, або іншої особи, суспільні інтереси та інтереси держави», що є досить загальним формулюванням, яке не вказує на конкретні об'єкти захисту.

2) Запропоновано авторське визначення поняття «необхідна оборона» у ст. 36 КК України як дій особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання.

3) Розглянуто правову підставу виникнення права на необхідну оборону в КК України, якою, відповідно до ч. 2 ст. 36, є вчинення особою суспільно небезпечного посягання. Здійснено дослідження Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» та встановлено, що, відповідно до п. 2 цієї постанови, правовою підставою виникнення стану необхідної

оборони є не тільки суспільно небезпечне посягання, а також створення реальної загрози заподіяння шкоди. На підставі цього зроблено висновок про можливість розширеного визначення правової підстави необхідної оборони в КК України як захисту від вчинення особою суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення та запропоновано викласти ч. 2 ст. 36 КК України в такому вигляді: «Кожна особа має право на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення незалежно від можливості його уникнути чи звернутися по допомогу до інших осіб чи органів влади».

4) Визначено, що уявна оборона є самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння, яка відрізняється від необхідної оборони за основною ознакою – дійсністю (реальністю) посягання. На основі аналізу визначено поняття «уявна оборона» у ч. 1 ст. 37 КК України виявлено, що воно не містить посилання на основний критерій для кваліфікації правомірності уявної оборони – обстановки, яка склалася. На підставі цього запропоновано його розширення 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».

5) Досліджено існуючі класифікації видів уявної оборони та на основі аналізу теоретичних положень та судової практики в справах про уявну оборону, запропоновано авторську класифікацію видів уявної оборони залежно від фактора, який спричинив помилкове припущення особи щодо суспільно небезпечного посягання.

6) Здійснено аналіз судової практики щодо кримінальних справ з перевищення меж необхідної оборони та встановлено тенденцію, за якою при розгляді питання про наявність/відсутність перевищення меж необхідної оборони в деяких випадках таке перевищення визначається слідчими та судами в залежності від наявності чи відсутності наслідків у формі тяжкої шкоди (смерті або тяжких тілесних ушкоджень), яка заподіюється особі, що посягає. При цьому не враховуються інші обставини конкретного випадку захисту, зокрема можливість і правомірність вчинення саме таких оборонних дій особи, що захищається, які призвели до

вищевказаних наслідків. У результаті це призводить до скасування судових рішень судами вищих інстанцій. На підставі цього запропоновано визначити в ч. 3 ст. 36 КК України поняття перевищення меж необхідної оборони залежно від правомірності оборонних дій особи, що захищається, які мають бути необхідними й достатніми для негайного відвернення чи припинення посягання, і надано пропозиції щодо викладення законодавчої конструкції цієї частини таким чином: «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту». В даному визначенні основний акцент робиться саме на фразі про «умисне вчинення особою, що захищається дій...», а не про «умисне заподіяння тому, хто посягає тяжкої шкоди...», що закріплено в діючому КК України.

7) Запропоновано виділення наступних видів необхідної оборони за її законодавчою конструкцією: а) загальна; б) виключна (вчинена у стані сильного душевного хвилювання); в) спеціальна (при захисті від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку).

8) Удосконалено кримінально-правові норми про спеціальні випадки необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України при захисті особи від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку, а саме на основі аналізу кримінального законодавства країн англо-американської правової сім'ї (США, Англії) запропоновано можливість доповнення їх переліку такими: захист від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин; захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі. З урахуванням цього ч. 5 ст. 36 КК України, запропоновано викласти наступним чином: «Не є перевищенням меж необхідної оборони й не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає».

РОЗДІЛ III

ЗДІЙСНЕННЯ СЛУЖБОВИХ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

3.1. Поняття та ознаки здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння.

Розбудова в Україні демократичного кримінального судочинства в рамках вступу до Європейського Союзу передбачає неухильне дотримання прав і свобод особи в процесі діяльності правоохоронних органів держави [108]. В рамках цього постає питання про визначення правової природи та особливостей нанесення шкоди під час захисту працівниками міліції, Служби безпеки України, митної служби та інших силових служб від суспільно небезпечних посягань із застосуванням ними фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. На сьогоднішній день в науці кримінального права існує дві основні точки зору щодо цього питання.

Прихильники першої точки зору (Н. Д. Дурманов, Ю. В. Баулін, В. Н. Козак, Н. Н. Паше-Озерський, Т. Г. Шавгулідзе) розглядають дії спеціально уповноважених осіб правоохоронних органів щодо захисту правоохоронних інтересів та завдання шкоди особам, що на них посягають шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, як здійснення службових владних повноважень (виконання службових обов'язків). Виходячи з цього, на думку цієї групи фахівців, відповідним правом на необхідну оборону може володіти лише приватна особа [5, с. 241; 98, с. 47; 95, с. 71].

Так Ю. В. Баулін зазначає, що в загальному плані у захисті правоохоронюваних інтересів від суспільно небезпечного посягання можуть брати участь, як приватні, так і спеціально уповноважені особи (працівники правоохоронних органів, військовослужбовці та інші). Але, у таких випадках відповідні дії приватних осіб повинні оцінюватися згідно з правилами необхідної оборони, а спеціальних суб'єктів – згідно з вимогами про виконання службових обов'язків [5, с. 241]. Т. Г. Шавгулідзе та В. Н. Козак, аналізуючи таку ситуацію,

вказували, що у випадках, коли спеціально уповноважені особи застосовують фізичну силу, зброю проти нападників з метою захисту від посягання об'єктів, захист яких є службовим обов'язком вказаного суб'єкта, маємо не акт необхідної оборони, а виконання службового обов'язку [43, с. 131-132; 158, с. 84].

Прихильники другої точки зору (Л. М. Гусар, І. С. Тишкевич, І. В. Ткаченко, М. І. Якубович) вважають, що працівники правоохоронних органів, застосовуючи зброю та заподіюючи шкоду при припиненні суспільно небезпечних посягань на будь-які інтереси, здійснюють тим самим акт необхідної оборони. При цьому існуючі спеціальні норми законів, можуть лише в тих чи інших ситуаціях конкретизувати межі необхідної оборони [124, с. 172; 126, с. 48-49]. Так, М. І. Якубович вказував, що для співробітників органів внутрішніх справ, органів державної безпеки, необхідна оборона, яку вони здійснюють при захисті від суспільно небезпечних посягань, є не лише їх суб'єктивним правом, а і юридичним обов'язком, що прямо передбачено в законах, які регулюють їх діяльність [161, с. 167-169; 162, с. 68]. Згідно з чим, ці фахівці вважають, що на працівників міліції та інших силових служб поширюється законодавство про необхідну оборону і їх дії повинні розглядатися з позиції відповідності вимогам ст. 36 КК України, а не інших нормативних актів [18, с. 93].

На нашу думку, більш виваженою, є точка зору першої групи фахівців, які вважають, що дії працівників правоохоронних органів, військовослужбовців щодо захисту від суспільно небезпечних посягань під час виконання обов'язків служби є здійсненням службових владних повноважень (обов'язків), а не необхідною обороною, в зв'язку з тим, що:

1) такі люди є спеціально уповноваженими особами і наділені законом владними повноваженнями, які не має приватна особа, зокрема: правом перевіряти документи; правом затримувати особу; правом, при наявності чітко визначених обставин, застосовувати зброю; правом проводити огляд речей, які знаходяться при особі та іншими спеціальними правами;

2) стан необхідної оборони у таких осіб виникає не раптово, як у приватних осіб, а в процесі несення служби та виконання інших спеціальних владних

повноважень (наприклад, охорони громадського порядку, розшуку, переслідування особи або її затримання, доставки особи до правоохоронного органу та тримання її під вартою, несення патрульно-постової служби та ін.). Тому такі особи заздалегідь готуються до подібних ситуацій, в тому числі і за рахунок професійної підготовки, підтримки відповідної ментальної та фізичної форми, в зв'язку з чим вони повинні бути психологічно і фізично готові до дій в таких ситуаціях;

3) для працівників правоохоронних органів здійснення спеціальних владних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку, за невиконання або неналежне виконання яких вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі і кримінальну), а не суб'єктивним правом, як для приватних осіб;

4) на відміну від приватної особи вони практично завжди озброєні вогнепальною зброєю та спеціальними засобами і володіють спеціальними знаннями із їх практичного застосування, вони повинні мати і мають необхідний рівень фізичної підготовки [85, с. 211; 87, с. 33-34].

Саме тому, на нашу думку, в чинному КК України, з метою покращення правового регулювання діяльності працівників правоохоронних органів та військовослужбовців, коли вони здійснюють захист від суспільно небезпечних посягань під час виконання своїх службових владних повноважень необхідно передбачити окрему обставину, що виключає злочинність діяння – «здійснення службових владних повноважень». Вказану обставину необхідно закріпити у ст. 36¹ розділу VIII КК України, одразу після ст. 36 «Необхідна оборона».

Визначення цієї обставини, що виключає злочинність діяння не є декриміналізацією захисту від суспільно небезпечних посягань спеціально уповноважених осіб держави, оскільки право на завдання ними шкоди правопорушнику при захисті від суспільно небезпечних посягань на законодавчому рівні вже передбачено спеціальними законами, що регулюють їх діяльність (статтями 12-15 Закону України «Про міліцію», ст. 26 Закону України «Про Службу безпеки України», статтями 423-426 Митного кодексу України тощо). Ці спеціальні закони дозволяють при захисті від суспільно небезпечних посягань застосовувати фізичну силу, спеціальні засоби та навіть вогнепальну зброю, визначаючи порядок і

підстави для їх застосування.

Однак вони є адміністративно-правовими законами, а в кримінально-правовому значенні незрозуміло яким чином повинна визначатись правомірною шкода, заподіяна в результаті застосування вказаних заходів при захисті від суспільно небезпечних посягань, оскільки в розділі VIII КК України відсутня кримінально-правова норма, яка змогла би визначити правомірність цієї шкоди. Віднесення цих дій спеціально уповноважених осіб держави та завданої в результаті їх здійснення шкоди правопорушнику до необхідної оборони, як вже було розглянуто вище, не є доцільним, оскільки необхідна оборона регулює правомірність заподіяння шкоди приватними особами.

Тому в кримінальному праві України створилась «прогалина», пов'язана з відсутністю законодавчого закріплення в КК України механізму визнання правомірною шкоди, заподіяної спеціально уповноваженими особами держави при застосуванні до правопорушника фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. З метою усунення цієї прогалини, а також удосконалення і правового упорядкування КК України автор пропонує доповнити розділ VIII КК України цією обставиною, що виключає злочинність діяння для спеціально уповноважених осіб – «здійснення службових владних повноважень».

Закріплення цієї обставини також допоможе привести у відповідність КК України до норм спеціальних законів, що регулюють службову діяльність вищевказаних осіб, таких як Закони України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України», Митний кодекс України та інших.

Прийшовши до висновку про можливість доповнення розділу VIII КК України статтею 36¹ «Здійснення службових владних повноважень», ми пропонуємо, з урахуванням адміністративно-правових законів, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб держави та норм про необхідну оборону у КК України, викласти вказану статтю наступним чином:

«Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу,

спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійсненого правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність.

Шкода, яка заподіюється правам і свободам, здоров'ю і життю правопорушника має зводитись до мінімуму та не повинна перевищувати міри, необхідної для здійснення службових владних повноважень, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору або групового нападу на спеціально уповноважену особу.

Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень полягає у застосуванні спеціально уповноваженою особою держави такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент їх здійснення. Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених статтями 118 та 124 цього Кодексу.

Примітка. Службові владні повноваження – це діяння, які здійснюються спеціально уповноваженими особами державних органів з метою виконання завдань і функцій, покладених законом на ці органи і в межах, передбачених спеціальними законами, що регулюють їх діяльність. До спеціально уповноважених осіб належать працівники міліції, Служби безпеки України, митної служби, військовослужбовці та інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України» [85, с. 211; 86, с. 130].

Розглянемо зміст службових владних повноважень та їх місце серед інших повноважень спеціально уповноважених осіб держави. Якщо, наприклад, розглядати повноваження органів внутрішніх справ в теорії адміністративного права, то можливо зазначити, що існують різні види таких повноважень: виконавчі, розпорядчі, контрольні, виховні, спеціальні та інші. Ми розглядаємо саме спеціальні

владні повноваження, які пов'язані з тим, що спеціально уповноважені особи мають право давати обов'язкові для виконання вказівки і розпорядження особам, які не перебувають по відношенню до них у службовій залежності і, крім того, мають право застосовувати заходи примусу, за необхідності, для належного виконання таких вказівок і розпоряджень [1, с. 42]. Спеціальні владні повноваження посадових осіб мають на меті охороняти громадян, суспільство, державу від правопорушень і злочинів, застосовуючи для цього широке коло прав та обов'язків, профілактики та припинення, які у свою чергу можна поділити на такі заходи:

1) контрольно-запобіжні (які застосовуються з метою запобігання правопорушенням і злочинам, якщо передбачається можливість їх вчинення);

2) припинювальні (які представляють собою застосування психологічного або фізичного впливу на правопорушника, а також спеціальних засобів, у тому числі і зброї, з метою припинення його протиправної поведінки. Наприклад, наряди міліції мають право вимагати від громадян і посадових осіб припинення злочинів та адміністративних правопорушень у громадських місцях на території постів та маршрутів патрулювання);

3) адміністративно-технічні (серед яких можна виділити наступні обов'язки: забороняти експлуатацію транспортних засобів, технічний стан яких не відповідає встановленим вимогам; відсторонювати від керування транспортним засобом осіб, по відношенню до яких є всі підстави вважати, що вони перебувають у стані алкогольного сп'яніння; обмежувати або забороняти проведення ремонтно-будівельних та інших робіт на вулицях та дорогах, якщо не дотримуються вимоги щодо забезпечення громадської безпеки) [34, с. 101; 99, с. 68].

Проаналізувавши вищевказані положення ми можемо виділити наступні ознаки здійснення службових владних повноважень: 1) це завжди активні дії, які направлені на заподіяння вимушеної шкоди. Здійснення службових владних повноважень не може відбуватися шляхом бездіяльності. Заподіяння вимушеної шкоди означає, що ця шкода необхідна для забезпечення виконання покладених на спеціально уповноважену особу обов'язків і попередження, припинення або захисту від здійсненого правопорушником суспільно небезпечного посягання; 2) вони

здійснюються виключно до правопорушника, який вчиняє суспільно небезпечне посягання; 3) метою здійснення службових владних повноважень є попередження або припинення суспільно небезпечного посягання та захист спеціально уповноваженою особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів, інтересів держави, тобто соціально корисні цілі; 4) вони направлені на заподіяння шкоди правопорушнику, що здійснює суспільно небезпечне посягання; 5) шкода, заподіяна правопорушнику, має зводитись до мінімуму і не повинна перевищувати міри, необхідної для здійснення службових владних повноважень.

Тепер розглянемо перелік спеціальних (адміністративно-правових) законів, до яких повинна відноситись запропонована нами кримінально-правова норма у статті 36¹ розділу VIII КК України «Здійснення службових владних повноважень». До таких спеціальних законів, які регулюють службові владні повноваження спеціально уповноважених осіб держави та порядок застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї відносяться:

1) Закон України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. – для працівників органів внутрішніх справ. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється статтями 12-15 Закону;

2) Закон України «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р. – для працівників органів Служби безпеки України. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється ст. 26 Закону;

3) Закони України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» та «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» від 24 березня 1999 р. – для військовослужбовців. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється пунктами 56, 60, 195-202 Статуту гарнізонної та вартової служби та пунктами 20-25 Статуту внутрішньої служби;

4) Митний кодекс України від 11 липня 2002 р. – для посадових осіб митної служби. Порядок застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється статтями 423-426 Кодексу;

5) Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку – для будь-яких посадових осіб, які підтримують правопорядок. Порядок застосування зброї, спеціальних засобів та фізичної сили регулюється ст. 3 цього Кодексу [42];

6) Закони України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р. та «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 р. – у сфері забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві;

7) Закон України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» від 26 березня 1992 р. – для військовослужбовців внутрішніх військ України. Порядок застосування ними вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили згідно зі ст. 10 цього Закону регулюється Законом України «Про міліцію»;

8) Закон України «Про державну податкову службу в Україні» від 4 грудня 1990 р. – для працівників податкової міліції. Порядок застосування ними вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили згідно зі ст. 22 цього Закону регулюється Законом України «Про міліцію»;

9) Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 17 лютого 1992 р. – у сфері проведення оперативно-розшукової діяльності;

10) Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22 червня 2000 р. – для членів громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону. Порядок застосування ними заходів фізичного впливу та спеціальних засобів регулюється ст. 14 Закону;

11) Закон України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003 р. – для військовослужбовців та працівників Державної прикордонної служби України. Порядок застосування ними вогнепальної зброї, спеціальних засобів та фізичної сили згідно зі ст. 21 цього Закону регулюється Законом України «Про міліцію» та військовими статутами Збройних Сил України;

12) Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. – для адміністрації та працівників місця попереднього ув'язнення підозрюваного,

обвинуваченого, підсудного. Порядок застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюється ст. 18 Закону.

Крім вказаних нами вище законів, службові владні повноваження по застосуванню фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються також низкою підзаконних нормативних актів (інструкцій, постанов, наказів), які видаються центральними органами виконавчої влади відповідно до законів. До цих підзаконних нормативно-правових актів відносяться, наприклад, «Інструкція про порядок постійного зберігання і носіння табельної вогнепальної зброї, боєприпасів і спеціальних засобів працівниками міліції», затверджена наказом МВС України від 25.01.1995 р., Постанова КМУ «Про створення митної варти» від 29.06.1996 р., «Примірне положення про відділення по боротьбі з контрабандою та порушенням митних правил регіональної митниці», затверджене наказом ДМСУ від 04.09.2003 р. тощо [109, с. 24-25]. Такі підзаконні акти більш детально регулюють порядок носіння, зберігання та застосування спеціальних засобів та зброї відповідними категоріями спеціально уповноважених осіб держави.

Проаналізувавши відповідні спеціальні закони, зокрема ті завдання, які вони покладають на спеціально уповноважених осіб держави, ми вважаємо, що можливо виділити наступні види службових владних повноважень: 1) попередження, виявлення та припинення кримінальних правопорушень, затримання осіб, які їх вчинили; 2) розслідування і розкриття кримінальних правопорушень, розшук осіб, що їх вчинили [138, с. 3]; 3) забезпечення особистої безпеки громадян, захист їх прав, свобод і законних інтересів; 4) охорона і забезпечення громадського порядку; 5) забезпечення безпеки дорожнього руху; 6) захист власності від злочинних посягань; 7) виконання кримінальних покарань і адміністративних стягнень [27, с. 2]; 8) захист і оборона державного суверенітету, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу України, законних інтересів держави та прав громадян від розвідувально-підривної діяльності іноземних спецслужб, посягань з боку окремих організацій, груп та осіб; 9) забезпечення охорони державної таємниці [28, с. 141]; 10) забезпечення безпеки та інтересів держави на державному та митному кордоні; 11) контроль за дотриманням

правил переміщення через державний та митний кордон [69, с. 83; 24, с. 4]; 12) охорона і оборона важливих військових об'єктів, Бойових прапорів, та осіб, яких тримають на гауптвахті або в дисциплінарному батальйоні; 13) забезпечення військової дисципліни та правопорядку серед військовослужбовців [119, с. 224].

Розглянемо приклад здійснення службових владних повноважень з практики: 1 травня 2010 року у ювелірному магазині «Золоте руно», що знаходився в м. Кривий Ріг Дніпропетровської області в 9.40 ранку спрацювала сигналізація. Через чотири хвилини на місце пригоди прибули співробітники Державної служби охорони, які побачили розбиті вітрини магазину і зв'язаного продавця. В цей час з магазину намагалися вийти двоє невідомих осіб Р. і Т. Побачивши співробітників міліції вони спробували втекти. Під час спроби їх затримання, Р. і Т. почали чинити фізичний опір міліціонерам, під час якого Р. спробував вихопити табельну зброю у працівника міліції. Після попереджувального пострілу угору, який не зупинив Р., міліціонер застосував зброю на ураження і поранив пострілом Р. в груди, від якого останній через декілька годин помер. Другому грабіжнику Т. вдалося втекти з місця події. Пакет із зібраними золотими виробами зловмисникам винести із магазину так і не вдалося. За результатами проведеного службового розслідування застосування зброї міліціонером Державної служби охорони проти Р. було визнано правомірним [13].

В даному випадку міліціонери Державної служби охорони виконували свої службові владні повноваження по охороні ювелірного магазину від злочинних посягань, які передбачені ст. 2 Закону України «Про міліцію». Під час здійснення своїх службових владних повноважень міліціонер піддався суспільно небезпечного посяганню з боку Р., який вчиняв фізичний опір при затриманні і намагався заволодіти його зброєю, та правомірно застосував зброю відповідно до ст.ст. 15, 15¹ Закону України «Про міліцію».

Розглянувши здійснення службових владних повноважень, як обставину, що виключає злочинність діяння, ми можемо порівняти її з необхідною обороною. Здійснення службових владних повноважень відрізняється від необхідної оборони за наступними критеріями:

1) за суб'єктом:

- суб'єктом необхідної оборони є звичайний громадянин;
- суб'єктом здійснення службових владних повноважень є спеціально уповноважена особа – працівник міліції, Служби безпеки України, митної служби, Державної прикордонної служби, військовослужбовець та інші особи;

2) за об'єктом:

- об'єктом при необхідній обороні є життя і здоров'я, права і свободи, власність особи, що посягає;
- об'єктом при здійсненні службових владних повноважень є життя і здоров'я, права і свободи, власність правопорушника – особи, яка вчиняє або намагається вчинити кримінальне правопорушення;

3) за метою:

- проміжною метою необхідної оборони є заподіяння особі, що посягає, співрозмірної шкоди для попередження або припинення посягання, а кінцевою – захист життя і здоров'я, прав і свобод, власності особи, що захищається, або іншої особи;
- проміжною метою здійснення службових владних повноважень є попередження та припинення суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника, або протиправної діяльності правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання, а кінцевою – затримання і доставка правопорушника до відповідного правоохоронного органу;

4) за обстановкою здійснення:

- необхідна оборона відбувається у повсякденному житті особи і як правило несподівано;
- здійснення службових владних повноважень відбувається під час виконання особою своїх спеціальних обов'язків по службі;

5) за правовими наслідками:

- необхідна оборона є правом громадянина, яке він може як реалізувати, так і відмовитись від його здійснення;

- здійснення службових владних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку спеціально уповноваженої особи за невиконання або неналежне виконання якого вона несе встановлену законом відповідальність;

б) за правовим регулюванням:

- правове регулювання необхідної оборони здійснюється ст. 36 КК України;
 - правове регулювання здійснення службових владних повноважень крім запропонованої до КК України ст. 36¹, здійснюється значною кількістю спеціальних законів, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб держави.

Виділяючи здійснення службових владних повноважень, як обставину, що виключає злочинність діяння, ми можемо проаналізувати її юридичний склад на прикладі аналізу інших правомірних (суспільно корисних) вчинків, що виключають злочинність діяння. Аналіз здійснення службових владних повноважень ми будемо здійснювати за системним підходом [62, с. 34] шляхом дослідження всіх ознак, що відносяться до фактора, який це обумовлює діяння та процесу заподіяння шкоди [6, с. 79] за наступними елементами:

- 1) правовою та фактичною підставою;
- 2) суб'єктом;
- 3) об'єктом;
- 4) об'єктивною стороною;
- 5) суб'єктивною стороною.

Правовою підставою здійснення службових повноважень є вчинення правопорушником суспільно небезпечного посягання. Відповідно до норм спеціальних законів, зокрема статей 13-15 Закону України «Про міліцію», ст. 426 Митного кодексу України, пунктів 195, 196, 202 Закону України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» до цих посягань зокрема відносяться: 1) протидія законним вимогам працівника правоохоронного органу, яка здійснюється із застосуванням сили щодо працівника правоохоронного органу або інших осіб; 2) фізичний та збройний опір, який здійснюється до спеціально уповноважених осіб та інших осіб, які виконують службові або громадські обов'язки по охороні громадського порядку і боротьбі із злочинністю. Під опором

розуміється активна фізична протидія здійсненню відповідними особами свої службових обов'язків із застосуванням щодо них насилля; 3) фізичний та збройний напад на спеціально уповноважену особу або інших осіб, який вчинений при затриманні, доставці до правоохоронного органу, конвоюванні, триманні під вартою правопорушника, та інші подібні дії, що створюють загрозу їх життю та здоров'ю; 4) напад на будівлі, приміщення, споруди, конвої, транспортні засоби та інші спеціальні об'єкти, що охороняються незалежно від їх належності; 5) захоплення і утримання заручників, а також захоплення приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій; 6) створення загрози транспортним засобом життю чи здоров'ю громадян або спеціально уповноважених осіб [27, с. 16-18; 69, с. 207-208; 119 с. 264-265].

Таким чином суспільно небезпечне посягання при здійсненні службових владних повноважень може полягати не лише у нападі на спеціально уповноважених осіб або інших осіб, а також і у інших кримінально-правових діях (фізичному або збройному опорі, протидії законним вимогам спеціально уповноважених осіб, створенні загрози транспортним засобом їх життю і здоров'ю або життю і здоров'ю громадян). Суб'єктом суспільно небезпечного посягання при цьому буде правопорушник – особа, яка порушує встановлені у законі правові норми, в т. ч. шляхом вчинення суспільно небезпечного посягання, і в процесі її попередження, затримання, доставки до правоохоронного органу, тримання під вартою, здійснює або продовжує здійснювати суспільно небезпечне посягання. Правопорушником може бути будь-який громадянин. Однак, в той же час, закон встановлює деякі обмеження щодо застосування службових владних повноважень до певних категорій осіб, відносно яких заборонено або обмежено право застосування сили. До цих категорій осіб відносяться: 1) жінки з явними ознаками вагітності; 2) малолітні; 3) інваліди з явними ознаками інвалідності; 4) особи похилого віку.

Відносно цих категорій осіб силу може бути застосовано лише у випадках вчинення ними групового (дві й більше особи) чи збройного нападу або збройного опору відповідно до Закону України «Про міліцію» [27, с. 16]. Встановлення таких

обмежень щодо застосування сили до зазначених категорій осіб пов'язане із їх обмеженими фізичними можливостями щодо здійснення опору або нападу на працівників міліції. В законодавстві відсутні ознаки, за допомогою яких громадянина можна відносити до зазначених категорій осіб. Можна зазначити, що поняття «особа похилого віку» не можна ототожнювати з поняттям «пенсіонер», оскільки для деяких категорій працівників зі шкідливими умовами праці (шахтарі, робітники хімічної промисловості, сталевари та інші) призначення пенсії здійснюється значно раніше пенсійного віку. Таким чином до осіб похилого віку необхідно відносити осіб, яких працівник міліції сприймає як неспроможних внаслідок вікових змін створювати небезпеку для життя та здоров'я громадян і працівників міліції. Жінок з явними ознаками вагітності необхідно розглядати такими, якщо вони візуально можуть бути визнані вагітними на день вчинення правопорушення. До малолітніх осіб, відповідно до КК України, необхідно відносити осіб, які не досягли 14 років. Поняття «інвалід» є також оціночним критерієм, оскільки, як відомо, при відсутності одного ока у людини вона також є інвалідом. Але це не є гарантом того, що відносно такої особи не може бути застосовано силу. Явними ознаками інвалідності відповідно до Закону України «Про міліцію» потрібно визнавати такі каліцтва чи вроджені вади, з огляду на які особа не може створювати небезпеку життю чи здоров'ю працівника міліції або інших громадян. Таким чином можна зазначити, що вказані категорії осіб, відносно яких заборонено або обмежено право застосування сили, є «оціночними» і в кожному конкретному випадку вони повинні визначатись спеціально уповноваженими особами візуально.

Об'єктом суспільно небезпечного посягання при здійсненні службових владних повноважень будуть виступати державні і суспільні інтереси, життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи або інших осіб. На відміну від необхідної оборони, за якої посягання зазвичай направлене на життя і здоров'я, права і свободи громадян, при здійсненні службових повноважень посягання направлене в першу чергу на державні інтереси, оскільки фізичний або збройний опір працівнику правоохоронного органу вже утворює злочин проти авторитету органів державної

влади, передбачений ст. 342 КК України. Крім державних або суспільних інтересів суспільно небезпечне посягання направляється також на такі додаткові об'єкти, як життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи або інших осіб, що тягне за собою відповідальність за ст. 345 КК України.

Розглянемо об'єкти суспільно небезпечного посягання при здійсненні службових владних повноважень на прикладі з практики: 6 травня 2010 року о 18.00 під час несення служби з нагляду за дорожнім рухом інспектори ДАІ у місті Кам'янець-Подільському, на проспекті Грушевського помітили автомобіль «ВАЗ-2109», характер руху якого вказував на те, що водій міг перебувати в стані алкогольного або наркотичного сп'яніння (без наявних перешкод здійснював безпідставні маневри з виїздом на смугу зустрічного руху, в той час, як дана ділянка автошляху налічує три смуги руху в одному напрямку). Один з інспекторів за допомогою жезла подав сигнал водію про зупинку. Однак, водій проігнорував вимогу працівників ДАІ і, збільшивши швидкість, продовжив рух в напрямку центра міста. Інспектори почали переслідувати правопорушника. В ході переслідування водій автомобіля «ВАЗ» неодноразово ігнорував законні вимоги працівників ДАІ щодо зупинки транспортного засобу, а коли його транспортний засіб було заблоковано двома автомобілями ДАІ на автозаправній станції, він, продовживши рух, пошкодив службовий автомобіль ДАІ та поранив інспектора ДПС, якого було госпіталізовано до лікарні з тілесними ушкодженнями. В ході подальшого переслідування працівники ДАІ, застосувавши вогнепальну зброю, наздогнали автомобіль, зупинили його і затримали водія та пасажирів в одному із сіл Дунаєвського району Хмельницької області. Під час огляду салону автомобіля під водійським сидінням було виявлено та вилучено ніж та дерев'яну битву. Згідно з висновком протоколу медичного обстеження водій та пасажир «ВАЗ-2109» перебували у стані алкогольного сп'яніння. Прокуратурою Дунаєвського району стосовно водія автомобіля було порушено кримінальну справу за ознаками злочину, передбаченого ч. 2 ст. 345 КК України «Умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу тілесних ушкоджень у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків» [77]. Таким чином в даному випадку

протиправні дії водія автомобіля спочатку спрямовувалися на такі об'єкти, як безпека дорожнього руху і громадський порядок, а вже в процесі їх здійснення перейшли у суспільно небезпечне посягання на інший додатковий об'єкт – життя і здоров'я працівника міліції, який здійснював свої службові повноваження.

Фактичною підставою здійснення службових владних повноважень є необхідність у негайному вчиненні дій, направлених на заподіяння шкоди правопорушнику з метою попередження чи припинення суспільно небезпечного посягання. При цьому необхідність у негайному вчиненні дій, пов'язаних із застосуванням фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, направлених на заподіяння шкоди правопорушнику має місце там і тоді, де і коли невжиття таких заходів по попередженню та припиненню посягання загрожує спричиненням явної і непоправної шкоди правоохоронюваним інтересам держави і суспільства, а також життю і здоров'ю спеціально уповноважених осіб.

Суб'єктом здійснення службових владних повноважень є спеціально уповноважена особа, яка характеризується особливим правовим статусом, який полягає у тому, що вона наділена державно-владними повноваженнями на здійснення дій, пов'язаних з правомірним завданням шкоди правопорушникам. Іншими словами вказані суб'єкти завжди виступають у якості посадових осіб, які мають державно-владні повноваження пов'язані із виявленням, розкриттям, попередженням і припиненням різних категорій злочинів і правопорушень. В процесі здійснення цих державно-владних повноважень вони здійснюють правомірні, суспільно корисні вчинки, які зовні підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом.

Проаналізувавши різні закони, що регулюють службові владні повноваження посадових осіб, ми можемо виділити наступних основних суб'єктів здійснення службових владних повноважень: 1) працівники міліції; 2) працівники Служби безпеки України; 3) військовослужбовці; 4) працівники митної служби.

Зазначений перелік суб'єктів здійснення службових владних повноважень не є вичерпним, оскільки, відповідно до приміток до статей 13-15 Закону України «Про міліцію», дія цих статей поширюється на особовий склад Державної фельд'єгерської

служби України при Державному комітеті зв'язку та інформатизації України, відповідно до ст. 10 Закону України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» у разі залучення внутрішніх військ до виконання завдань з охорони громадського порядку та боротьби із злочинністю на них поширюються усі права передбачені Законом України «Про міліцію» для працівників міліції при виконанні цих завдань, в т.ч. із застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї [30, с. 953]. Також, відповідно до ст. 21 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» військовослужбовці, а також працівники Державної прикордонної служби України, які відповідно до їх службових повноважень можуть залучатися до оперативно-службової діяльності, під час виконання завдань з охорони державного кордону та суверенних прав України, мають право застосовувати фізичну силу, спеціальні засоби і вогнепальну зброю відповідно до Закону України «Про міліцію» та Закону України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» [31, с. 665].

Крім того, відповідно до ст. 14 Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону», члени громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону під час спільного з працівниками органів внутрішніх справ, прикордонниками виконання покладених на них завдань з охорони громадського порядку і державного кордону мають право застосувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби індивідуального захисту та самооборони [29, с. 803-804]. Таким чином, ми можемо зробити висновок, що перелік суб'єктів, які мають право здійснювати службові владні повноваження і застосовувати при цьому фізичну силу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю є досить широким, а в науці кримінального та адміністративного права його пропонують розширити наприклад за рахунок такої категорії як працівники недержавних охоронних підприємств [57, с. 77; 58, с. 12; 59, с. 108].

Об'єктом здійснення службових владних повноважень є правопорушник, його життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, право власності, відносно яких суб'єкт службових владних повноважень вчиняє дії направлені на заподіяння шкоди з метою попередження або припинення суспільно небезпечного посягання. Шкода

при здійсненні службових владних повноважень повинна заповіюватися виключно правопорушнику, його життю і здоров'ю, і не повинна поширюватись на інших громадян. Відповідно до Закону України «Про міліцію» забороняється використовувати і застосовувати вогнепальну зброю при значному скупченні людей, якщо від цього можуть постраждати сторонні особи [66, с. 203]. Крім того, об'єктом здійснення службових владних повноважень може бути також власність правопорушника, наприклад тварина, яку власник нацькував на спеціально уповноважену особу або транспортний засіб, коли водій-правопорушник своїми діями створює загрозу життю та здоров'ю громадян або спеціально уповноважених осіб. Розглянемо об'єкти здійснення службових владних повноважень на прикладах з практики: 2 травня 2010 року на автошляху Стрий – Кіровоград-Знам'янка у Вінницькій області екіпаж співробітників ДПС міста Немирів помітили на автошляху автомобіль «Тойота Превіа», рух якого викликав підозру. Автомобіль, який був без номерних знаків, рухався на великій швидкості, пересікаючи зустрічну смугу, чим створював загрозу життю і здоров'ю інших учасників дорожнього руху. Вимогу співробітників міліції зупинитись водій проігнорував і, ще більше збільшивши швидкість, намагався втекти від них. Переслідуючи невідомого втікача, правоохоронцям довелось перекрити рух транспорту на автошляху вантажним автомобілем поблизу міста Гайсин. Побачивши блокування траси, водій звернув на польову дорогу. Під час переслідування по бездоріжжю інспекторам ДПС довелося після попередження застосувати вогнепальну зброю. Під час застосування зброї декілька куль пошкодили автомобіль, а дві кулі влучили в заднє колесо, що і змусило автомобіль зупинитись. Водій-правопорушник, який своїми діями створював небезпеку, виявився у нетверезому стані, а в його автомобілі виявили значну кількість спиртних напоїв та бейсбольну біту. Застосування зброї працівниками міліції під час зупинки автомобіля було визнано правомірним [72]. В даному випадку застосування зброї інспектором ДПС було направлено на власність правопорушника – його автомобіль.

26 вересня 2010 року до чергової частини Лубенського райвідділу міліції м. Полтави у вечірній час надійшло повідомлення від жінки. Вона розповіла

правоохоронцям про те, що її рідну сестру та двох малолітніх дітей б'є чоловік. Відразу ж на виклик виїхали працівники міліції. По приїзду вони встановили, що М., перебуваючи у нетверезому стані, наніс тілесні ушкодження своїй дружині та вигнав її з двома неповнолітніми дітьми з дому. Коли міліціонери біля службового автомобіля опитували потерпілу поблизу її подвір'я, М. раптом відчинив хвіртку з двору і нацькував на співробітників міліції собаку бійцівської породи «алабай». Собака накинулась на одного із міліціонерів і завдала йому тілесні ушкодження у вигляді рваних ран на руці та нозі. Правоохоронці були вимушені згідно ст. 15 Закону України «Про міліцію» застосувати табельну вогнепальну зброю і знешкодили собаку. Стосовно М. Лубенською прокуратурою було порушено кримінальну справу за ст. 345 КК України. Застосування зброї працівниками міліції по знешкодженню собаки було визнано правомірним [73]. В даному випадку застосування зброї працівником міліції було направлено на знешкодження тварини, яка була власністю правопорушника.

Об'єктивна сторона здійснення службових владних повноважень характеризується вчиненням спеціально уповноваженою особою дій направлених на заподіяння шкоди правопорушнику з метою попередження, припинення або захисту від суспільно небезпечного посягання. Таким чином з об'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень характеризується:

- 1) здійсненням спеціально уповноваженою особою дій, які підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом;
- 2) заподіяння правопорушнику шкоди в певних межах;
- 3) причинним зв'язком між діями спеціально уповноваженої особи та заподіянням правопорушнику шкоди.

Першим елементом об'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень є дії спеціально уповноваженої особи, які передбачають її активну поведінку, направлену на реалізацію державно-владних повноважень щодо правопорушника. Тобто здійснення службових владних повноважень є завжди активними діями спеціально уповноваженої особи або декількох осіб, які спрямовуються на попередження, припинення або захист від суспільно

небезпечного посягання з боку правопорушника, яке виникає в процесі реалізації щодо нього державно-владних повноважень. Такими діями можуть бути:

- а) застосування заходів фізичного впливу, в т. ч. прийомів рукопашного бою;
- б) застосування спеціальних засобів (наручників, гумових кийків, засобів зв'язування, слезоточивих речовин, світлозвукових пристроїв відволікаючої дії);
- в) застосування вогнепальної зброї. Вчинені спеціально уповноваженою особою дії повинні підпадати під ознаки певного протиправного діяння, наприклад нанесення побоїв, різної тяжкості тілесних ушкоджень правопорушнику, вбивства правопорушника, знищення або пошкодження його майна.

У зв'язку з тим, що вищевказані дії здійснюються спеціально уповноваженими особами держави при реалізації державно-владних повноважень щодо правопорушника, на відміну від необхідної оборони, процес їх здійснення передбачає певні особливості:

1) вчиненню дій, пов'язаних із застосуванням сили, спеціальних засобів і вогнепальної зброї повинно передувати попередження правопорушника про намір їх використання, якщо це дозволяють обставини конкретного суспільно небезпечного посягання. Наприклад, при застосуванні вогнепальної зброї таке попередження може бути здійснено голосом про її застосування, оголенням зброї або демонстративним приведенням її у бойову готовність. Без такого попередження фізична сила, спеціальні засоби і зброя можуть застосовуватися, лише якщо виникла безпосередня загроза життю або здоров'ю громадян чи спеціально уповноважених осіб;

2) вчиненні дії не повинні перевищувати міри, необхідної для виконання покладених службових обов'язків. Це означає, що вищевказані засоби повинні використовуватись поступово і в залежності від суспільної небезпечності посягання правопорушника. Тобто, якщо, наприклад, правопорушник вчинює хуліганство до нього повинні застосовуватись спочатку заходи фізичного впливу, а вже потім у разі їх недостатності – спеціальні засоби і вогнепальна зброя. При цьому вогнепальна зброя є крайнім заходом і може застосовуватись лише у передбачених спеціальним законом випадках;

3) при вчиненні вищевказаних дій повинна оцінюватись особа правопорушника та оточуюча обстановка, оскільки, як зазначалося вище, забороняється вчинювати такі дії до певних категорій правопорушників (жінок з явними ознаками вагітності, осіб похилого віку або з вираженими ознаками інвалідності та малолітніх) та за певної негативної оточуючої обстановки (забороняється застосовувати вогнепальну зброю у місцях значного скупчення людей, світлошумові засоби ближче 2 м від людини, водомети при температурі атмосферного повітря нижче 0 °С);

4) після здійснення службових владних повноважень спеціально уповноваженою особою за можливості одразу виконується затримання особи, що вчинила злочин та доставка її до відповідного правоохоронного органу.

Другим елементом об'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень є заподіяння правопорушнику шкоди в певних межах. Поняття такої шкоди безпосередньо пов'язано з об'єктом здійснення службових владних повноважень, яким, як зазначалося, є правопорушник, його права і свободи, життя і здоров'я, а також право власності. Відповідно шкода, яка заподіюється правопорушнику, може виявлятися у обмеженні або позбавленні його свободи, нанесенні йому ударів, різної тяжкості тілесних ушкоджень, позбавленні його життя, знищенні або пошкодженні його майна.

В той же час, як зазначається в спеціальних законах, зокрема в ст. 12 Закону України «Про міліцію», застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї має зводити до мінімуму можливість завдання шкоди правопорушнику [27, с. 16]. На нашу думку концепція «заподіяння мінімальної шкоди» правопорушнику при здійсненні службових повноважень є не досить вдалою. Про це також зазначається в матеріалах практики, де вказується, що положення про нанесення мінімальної шкоди правопорушнику незалежно від тяжкості суспільно небезпечного посягання, передбачене ч. 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію», досить часто призводить до невиправданих втрат та шкоди здоров'я працівників міліції [159, с. 196]. Так за статистикою УМВС України у Хмельницькій області лише в період з 2006-2010 роки при виконанні службових обов'язків було

поранено 50 та загинуло 5 працівників міліції. Як показує практика, при застосуванні вогнепальної зброї для відбиття нападу і при затриманні злочинців, працівники діяли на спричинення правопорушникам мінімальної шкоди відповідно до ст. 12 Закону України «Про міліцію».

Наведемо з цього приводу приклади з практики: 27 листопада 2002 р. громадянин Р., який підозрювався у підпалі продовольчого магазину приватного підприємця, при спробі його затримання вчинив напад на міліціонера-кінолога Кам'янець-Подільського міськвідділу УМВСУ в Хмельницькій області П., наніс йому удар по обличчю, схопив за шию. Маючи значну перевагу у зрості і масі тіла, він намагався повалити працівника міліції на землю і заволодіти зброєю. Відчувши, що задихається і втрачає свідомість, П. вистрілив із пістолета в ногу нападаючого, проте злочинець продовжував наносити удари по голові співробітника і душити його. З метою припинення небезпечного для життя і здоров'я посягання, П. ще двічі вистрелив по ногам злочинця, після чого останній намагався втекти, але через кілька кроків впав і був затриманий. Працівник міліції отримав закриту черепно-мозкову травму, струс мозку та інші тілесні ушкодження. Р. за вчинення злочину був притягнутий до кримінальної відповідальності. За результатами проведеного службового розслідування застосування зброї міліціонером-кінологом було визнано правомірним [159, с. 195].

1 серпня 2003 р., близько 5 год., на вулиці біля бару «Совок» у м. Хмельницькому група осіб вчинила бійку. Міліціонер ППСМ Хмельницького міськвідділу внутрішніх справ Д., який ніс службу по охороні громадського порядку, із застосуванням спецзасобів, вжив заходів до її припинення. Однак після цього четверо із учасників бійки зайшли в бар і напали на працівника міліції, наносячи йому удари руками і ногами у різні частини тіла. В результаті нападу Д. отримав черепно-мозкову травму й інші множинні тілесні ушкодження. Захищаючись, він зробив із пістолета «ПМ» три попереджувальних постріли. Рикошетом кулі один із нападаючих – Г. отримав вогнепальне поранення пальця руки. Не звертаючи уваги на попереджувальні постріли злочинці повалили працівника міліції на підлогу, заволоділи його зброєю і радіостанцією, після чого

намагалися зникнути з місця події. Незважаючи на отримані тілесні ушкодження Д. зумів особисто затримати пораненого ним Г. В результаті оперативного переслідування були затримані й інші співучасники злочину. За результатами проведеного службового розслідування застосування зброї міліціонером ППСМ було визнано правомірним [159, с. 195]. Таким чином в даних прикладах з практики намагання міліціонерів завдати мінімальну шкоду правопорушникам призвело до невинуватеної шкоди їх здоров'ю.

Саме тому, на нашу думку, у запропонованій нами вище статті КК України «Здійснення службових владних повноважень» необхідно передбачити випадки правомірності заподіяння тяжкої шкоди правопорушнику. До цих випадків необхідно віднести попередження або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору та групового нападу на спеціально уповноважену особу, за яких нанесення йому спеціально уповноваженою особою будь-якої шкоди повинно визнаватися правомірним.

Третій елемент об'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень полягає у наявності причинного зв'язку між діями спеціально уповноваженої особи та заподіянням правопорушнику шкоди. Це означає, що заподіяна правопорушнику шкода повинна була виникнути і є результатом (наслідком) здійснення спеціально уповноваженою особою своїх службових владних повноважень, під час яких вона застосовує заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю. Тобто, застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї виступає причиною заподіяння шкоди, а сама заподіяна шкода правопорушнику – їх безпосереднім (прямим) наслідком.

Суб'єктивна сторона здійснення службових владних повноважень полягає у психічному ставленні спеціально уповноваженої особи до протиправних дій правопорушника. Вона характеризується інтелектуальним та вольовим моментом. Інтелектуальний момент полягає у тому, що спеціально уповноважена особа усвідомлює і розуміє: 1) з боку правопорушника здійснюється суспільно небезпечне посягання або протиправні дії правопорушника переросли у спільно небезпечне

посягання; 2) це посягання загрожує державним і суспільним інтересам, життю і здоров'ю спеціально уповноваженої особи або інших осіб; 3) для його попередження або припинення потрібне негайне вчинення дій, пов'язаних із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних заходів та вогнепальної зброї; 4) застосовані ним заходи в даній обстановці будуть направлені на правопорушника і не спричинять шкоду іншим громадянам; 5) застосовані до правопорушника заходи будуть необхідними і достатніми для виконання службового владного обов'язку, подальшого затримання правопорушника і доставки його до відповідного правоохоронного органу. Вольовий момент полягає у бажанні спеціально уповноваженої особи заподіяти шкоду правопорушнику, що є необхідним заходом для попередження або припинення суспільно небезпечного посягання та подальшого виконання нею своїх службових владних обов'язків.

Мотиви здійснення службових владних повноважень можуть бути різними. Ними можуть бути: бажання виконати свої службові владні обов'язки, бажання захистити державні та суспільні інтереси, бажання проявити себе по службі, природний інстинкт самозбереження, прагнення захистити себе.

Здійснення службових владних повноважень, як і будь-яка інша обставина, що виключає злочинність діяння, характеризується проміжною та кінцевою метою. Проміжною метою здійснення службових владних повноважень є попередження та припинення суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника, або протиправної діяльності правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання, а кінцевою – затримання і доставка правопорушника до відповідного правоохоронного органу.

Розглянемо яким чином здійснюється регулювання здійснення службових владних повноважень у судовій практиці. Так, у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону», яким керуються судді при розгляді подібних кримінальних справ, про службові владні повноваження вказується лише в п. 6, де зазначається, що судам «потрібно мати на увазі, що представники влади, працівники правоохоронних органів, члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону або

військовослужбовці не підлягають кримінальній відповідальності за шкоду, заподіяну при виконанні службових обов'язків по запобіганню суспільно небезпечним посяганням і затриманню правопорушників, якщо вони не допустили перевищення заходів, необхідних для правомірного затримання злочинця» [102, с. 32]. Аналізуючи ці положення можна зазначити, що вони досить вузько регулюють інститут виконання службових обов'язків і містять певні прогалини, оскільки:

1) виконання службових обов'язків є не досить вдалою юридичною конструкцією, тому що спеціально уповноважені особи, виконуючи покладені на них державою завдання і функції, реалізують державно-владні повноваження, які є юридичним синтезом права і обов'язку, а саме певною дією, за невиконання або неналежне виконання якої вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі і кримінальну);

2) здійснення службових владних повноважень за постановою Пленуму Верховного Суду України обмежується лише не перевищенням заходів, необхідних для правомірного затримання злочинця. Однак зрозуміло, що «здійснення службових владних повноважень» є більш широкою поняттям, яка включає в себе також самозахист спеціально уповноважених осіб та захист громадян від нападу правопорушника, відбиття нападу на охоронювані об'єкти, конвої, жилі приміщення громадян, приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій та інші дії, вчинені з метою попередження або припинення правопорушення.

При розгляді питання про здійснення службових владних повноважень окрему увагу потрібно також приділити способам їх здійснення, тобто тим засобам і можливостям, які має право застосовувати спеціально уповноважена особа у випадках, встановлених законом. Проаналізувавши закони, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб, ми можемо виділити наступні способи здійснення службових владних повноважень: 1) застосування заходів психологічного впливу; 2) застосування заходів фізичного впливу; 3) застосування спеціальних засобів; 4) застосування вогнепальної зброї.

Розглянемо перший спосіб здійснення службових владних повноважень. Застосування заходів психологічного впливу здійснюється в основному на

словесному (вербальному) рівні. Вони полягають у словесних вимогах спеціально уповноважених осіб держави до правопорушника з метою переконати його вчинити певні дії, в нагадуванні про порушення правопорушником вимог закону та можливості застосування заходів фізичного впливу до нього у випадку продовження порушення закону або невиконання вимог спеціально уповноважених осіб.

Другим способом здійснення службових владних повноважень є застосування заходів фізичного впливу. Відповідно до ст. 424 Митного кодексу України, ст. 13 Закону України «Про міліцію» спеціально уповноважені особи мають право застосовувати заходи фізичного впливу, в тому числі прийоми рукопашного бою, для припинення правопорушень, подолання протидії законним вимогам, яка здійснюється із застосуванням сили щодо спеціально уповноважених осіб або інших осіб, припинення інших протиправних дій, що перешкоджають здійсненню службових обов'язків, якщо інші способи були застосовані та не забезпечили виконання покладених службових обов'язків [27, с. 16; 69, с. 206].

Третім способом здійснення службових владних повноважень є застосування спеціальних засобів. Як зазначається в ст. 14 Закону України «Про міліцію» до спеціальних засобів відносяться наручники, гумові кийки, засоби зв'язування, слезоточиві речовини, світлозвукових пристрої відволікаючої дії, пристрої для відкриття приміщень і примусової зупинки транспорту, водомети, бронемашини, службових собак та інші [27, с. 16]. Застосування спеціальних засобів може здійснюватися у випадках: 1) для самозахисту спеціально уповноважених осіб і захисту громадян від нападу та інших дій, що створюють загрозу їх життю або здоров'ю; 2) для відбиття нападу на будівлі, приміщення, споруди і транспортні засоби, незалежно від їх належності, або їх звільнення у разі захоплення; 3) для затримання і доставки до правоохоронного органу або інше службове приміщення осіб, які вчинили правопорушення, а також для конвоювання і тримання осіб, затриманих і підданих арешту, взятих під варту, якщо зазначені вище особи чинять опір спеціально уповноваженим особам або якщо є підстави вважати, що вони можуть вчинити втечу чи завдати шкоди оточуючим або собі; 4) для припинення опору працівникові міліції та іншим особам, які виконують службові або громадські

обов'язки по охороні громадського порядку і боротьбі із злочинністю; 5) для припинення масових безпорядків і групових порушень громадського порядку; 6) для припинення масового захоплення землі та інших дій, що можуть призвести до зіткнення груп населення, а також діянь, які паралізують роботу транспорту, життєдіяльності населених пунктів, посягають на громадський спокій, життя і здоров'я людей; 7) для звільнення заручників [27, с. 17; 69, с. 207].

Четвертим способом здійснення службових повноважень є застосування вогнепальної зброї. Відповідно до ст. 15 Закону України «Про міліцію» застосування вогнепальної зброї є крайнім заходом і можливо у таких випадках: 1) для захисту громадян від нападу, що загрожує їх життю і здоров'ю, а також звільнення заручників; 2) для відбиття нападу на спеціально уповноважену особу або членів його сім'ї, якщо їх життю або здоров'ю загрожує небезпека; 3) для відбиття нападу на охоронювані об'єкти, конвої, жилі приміщення громадян, приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій, а також звільнення їх у разі захоплення; 4) для затримання особи, яку застали при вчиненні тяжкого злочину і яка намагається втекти; 5) для затримання особи, яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також озброєної особи, яка погрожує застосуванням зброї та інших предметів, що загрожує життю і здоров'ю спеціально уповноваженої особи; 6) для зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження, якщо водій своїми діями створює загрозу життю чи здоров'ю громадян або спеціально уповноваженої особи [27, с. 17-18; 151, с. 84].

Узагальнюючи все вищезазначене, ми можемо зробити висновок про можливість визначення у 36¹ КК України для відповідних категорій спеціально уповноважених осіб держави захисту від суспільно небезпечних посягань у якості обставини, що виключає злочинність діяння – здійснення службових владних повноважень. Визначення цієї кримінально-правової норми у запропонованій нами редакції допоможе узагальнити та покращити механізм кримінально-правового регулювання захисту спеціально уповноважених осіб держави від суспільно небезпечних посягань в процесі їх службової діяльності та стане кроком вперед у напрямку вдосконалення чинного кримінального законодавства.

3.2. Умови правомірності та перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень.

Здійснення службових владних повноважень може розглядатися правомірним, суспільно корисним вчинком (обставиною, що виключає злочинність діяння) лише при дотриманні спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями та іншими особами) певних умов правомірності їх здійснення. Ці умови правомірності впливають безпосередньо із запропонованої нами ст. 36¹ КК України, яка розглядалася у підрозділі 3.1. дисертації. Загалом можна зазначити, що умови правомірності заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень – це закріплені у кримінальному законодавстві положення, які визначають особливості правомірного вчинення спеціально уповноваженими особами держави дій, направлених на заподіяння шкоди. Проаналізувавши інститут здійснення службових владних повноважень, зокрема спеціальні закони, що регулюють діяльність уповноважених осіб, ми можемо визначити наступні умови правомірності заподіяння шкоди особою, яка здійснює службові владні повноваження:

1) вчинення дій, спрямованих на заподіяння шкоди є вимушеним. Вимушене нанесення шкоди правопорушнику означає, що воно необхідно для забезпечення виконання покладених на правоохоронний орган обов'язків і не може бути здійснене за допомогою інших засобів, не пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику;

2) вчинення дій, спрямованих на заподіяння шкоди можливо лише до правопорушника, який здійснює суспільно небезпечне посягання або правопорушення, яке переростає у суспільно небезпечне посягання. Застосування сили до особи яка не вчиняє суспільно небезпечне посягання, або вчиняє діяння, яке через свою малозначність не становить суспільної небезпеки є невинуватим і тягне за собою відповідальність за перевищення влади або службових повноважень;

3) метою таких дій є запобігання, припинення або захист від суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника, або протиправної діяльності

правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання (проміжна мета), з подальшим затриманням і доставкою правопорушника до відповідного правоохоронного органу (кінцева мета);

4) вчинені дії полягають у застосуванні особою, яка здійснює службові владні повноваження сили у вигляді засобів фізичного впливу, спеціальних засобів або вогнепальної зброї у випадках та в порядку, які передбачені спеціальними законами;

5) застосування сили при здійсненні службових владних повноважень не повинно перевищувати міри, необхідної для виконання покладених на спеціально уповноважену особу обов'язків. Тобто, застосування сили при здійсненні службових владних повноважень не повинно перевищувати певних меж.

Розглянемо більш детально питання про межі застосування сили при здійсненні службових владних повноважень. Загалом можна зазначити, що службова діяльність спеціально уповноважених осіб завжди пов'язана із різними екстремальними ситуаціями та постійною протидією зі злочинцями. Наведемо з цього приводу статистику із такого підрозділу міліції, як Державна служба охорони. Так лише в період з листопада по грудень 2010 року, тобто за два місяці, співробітниками управління Державної служби охорони в Одеській області було розшукано по «гарячих слідах», затримано і доставлено до відділення міліції 12 правопорушників і злочинців. Наведемо найбільш типові приклади:

25.11.2010 р. о п'ятій годині ранку СП ГЗ 1-го батальйону міліції УДСО в Одеській області отримав повідомлення від оператора ПЦС про спрацювання засобів тривожної сигналізації в готелі «Зірка», що знаходиться за адресою: вул. Успенська, 70. Наряд прибув на місце злочину протягом 2 хвилин. До групи затримання звернулася адміністратор готелю та вказала на невідомих, що скоїли крадіжку особистих речей у клієнта готелю. Внаслідок професійних дій наряду СП ГЗ по «гарячих слідах» злочинці були затримані, в них були виявлені вкрадені речі потерпілого. Крадіжки були доставлені до чергової частини Портофранківського ВМ Приморського РВ ОМУ ГУМВС України в Одеській області [117].

10.12.2010 р. співробітниками СП ГЗ Котовського ВДСО УДСО в Одеській області спільно з співробітниками Котовського МВ ГУМВС в Одеській області

затримано громадянина Маріна Юрія Ілліча, який, близько другої ночі, в місті Котовськ, на проспекті Перемоги, вирвав сумку у продавця магазину «Чіполіно» з обліковими документами магазину та грошима на суму 4475 грн. Завдяки професіоналізму співробітників ДСО та територіального ОВС злочинець, який знаходився у розшуку з листопада 2009 року, був затриманий по «гарячих слідах» і доставлений до райвідділу [117].

У зв'язку з вищенаведеними прикладами зрозуміло, наскільки чітко спеціально уповноважені особи повинні усвідомлювати межі застосування сили у різних ситуаціях протидії зі злочинцями, які постійно трапляються під час несення ними служби. Для будь-якої обставини, що виключає злочинність діяння, поняття «межа» – це грань її правомірності, яка визначається особливостями кожного конкретного випадку застосування цієї обставини. Тобто поняття «межа» є оціночним поняттям, яке визначається у кримінальному законі за допомогою загальних критеріїв. Межі застосування сили при здійсненні службових владних повноважень залежать від своєчасності та відповідності застосованих спеціально уповноваженою особою заходів суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент їх здійснення. Тому ми можемо визначити наступні межі застосування сили при здійсненні службових владних повноважень: 1) часові; 2) силові.

Часові межі при здійсненні службових владних повноважень пов'язані із тим, що застосування сили може здійснюватись лише під час суспільно небезпечного посягання. Якщо суспільно небезпечне посягання закінчилося, то вживаються заходи, необхідні для затримання особи, що вчинила злочин, відповідно до ст. 38 КК України. Перевищення часових меж здійснення службових владних повноважень, як і перевищення часових меж необхідної оборони, тягне за собою кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду на загальних підставах.

Силові межі при здійсненні службових владних повноважень пов'язані із тим, що застосована при цьому сила повинна відповідати суспільній небезпечності посягання та обстановці, яка склалася на момент їх здійснення. Тобто спеціально уповноважена особа обирає способи застосування сили, якими можуть бути

застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів, вогнепальної зброї та інтенсивність (напрямок) їх застосування в залежності від суспільної небезпечності посягання та обстановки, яка склалася на момент посягання. Загальні критерії суспільної небезпечності посягання, якими повинна керуватися спеціально уповноважена особа, застосовуючи той чи інший спосіб здійснення службових владних повноважень, закріплені у відповідних спеціальних законах, наприклад у статтях 13-15 Закону України «Про міліцію» або у статтях 423-426 Митного Кодексу України.

Відповідно до викладеного «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень» – це застосування спеціально уповноваженою особою такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент їх здійснення. На нашу думку перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, як і перевищення меж необхідної оборони, повинно тягнути за собою кримінальну відповідальність лише у випадку заподіяння тяжкої шкоди правопорушнику (тяжких тілесних ушкоджень або смерті) і утворювати привілейований склад злочину, передбачений статтями 118 та 124 КК України. У зв'язку з цим ми вважаємо, що запропоновану нами ст. 36¹ «Здійснення службових владних повноважень», про яку зазначалося у підрозділі 3.1. дисертації, необхідно доповнити наступним положенням: «Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень полягає у застосуванні спеціально уповноваженою особою держави такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент їх здійснення».

Розглянемо більш детально питання про кваліфікацію перевищення працівником правоохоронного органу, військовослужбовцем заходів, необхідних для виконання службових обов'язків. В науковій літературі стосовно цього питання існують різні точки зору. Одні вчені (А. І. Каплунов, В. І. Соловйов) вважають, що такого роду дія повинна розглядатися як злочин у сфері службової діяльності чи військовий злочин. Інші вчені (М. М. Ісаєв, А. А. Пюнтковський, М. І. Лупіносова) вважають, що такі дії лише зовні нагадають перевищення влади чи службових

повноважень, але в дійсності таких ознак злочину не містять і є перевищенням меж необхідної оборони. Мотивуванням цього є те, що кваліфікація умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони, вчиненого працівником правоохоронного органу або військовослужбовцем при виконанні службових обов'язків, за статтями про злочини у сфері службової діяльності та військові злочини, по суті означала б виключення застосування правил про необхідну оборону до випадків відбиття зазначеними особами суспільно небезпечних посягань та невиправдано високу кримінальну відповідальність для них за вказані вище злочини [60, с. 8; 37, с. 36]. Таким чином можна зазначити, що загальною в науковій літературі є думка, що для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців при захисті від суспільно небезпечних посягань під час виконання обов'язків служби, що по суті відповідає діям звичайних громадян при реалізації ними права на необхідну оборону, не повинно існувати настільки сурової кримінальної відповідальності за ці діяння, як за перевищення влади, а відповідальність повинна розглядатися в рамках санкцій, які передбачають відповідальність за перевищення меж необхідної оборони.

Якщо розглядати кримінально-правову відповідальність, яка існує у Особливій частині КК України за перевищення меж необхідної оборони – то можна зазначити, що вона існує у двох формах: 1) умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК України); 2) умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони (ст. 124 КК України). Вказані склади злочинів є привілейованими, тобто різновидами таких складів злочинів як «умисне вбивство» і «умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень» із пом'якшувальними обставинами та передбачають, порівняно з ними, менш сурові санкції. При цьому за заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони законодавцем кримінальна відповідальність у Особливій частині КК України взагалі не передбачена, що, на нашу думку, є правильною декриміналізацією цих діянь.

Кримінальної відповідальності за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень (застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї до правопорушника) в Особливій частині

КК України законодавцем не передбачено. Ми вважаємо, що у зв'язку із пропозицією визначення у статті 36¹ розділу VIII КК України «здійснення службових владних повноважень» як обставини, що виключає злочинність діяння можливо запропонувати визначити у Особливій частині КК України, по аналогії із необхідною обороною, два привілейовані склади злочину по вказаній обставині, що виключає злочинність діяння: 1) перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження правопорушнику; 2) перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило смерть правопорушнику [88, с. 140]. Вказані склади злочинів, на нашу думку, доцільно розмістити у частині 2 статей 118 та 124 Особливої частини КК України, а у частині 1 цих статей будуть знаходитися відповідні привілейовані склади злочинів за перевищення меж необхідної оборони. Також ми вважаємо, що по аналогії із необхідною обороною, за заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень при перевищенні заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, кримінальна відповідальність у Особливій частині КК України для спеціально уповноважених осіб держави передбачатись не повинна.

Таким чином ми робимо висновок про можливість закріплення у Особливій частині КК України кримінальної відповідальності за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень у частині 2 статей 118 та 124 КК України. Вказані кримінально-правові норми, на нашу думку, доцільно викласти наступним чином:

- ч. 2 ст. 118: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило смерть правопорушнику, -

карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до трьох років»;

- ч. 2 ст. 124: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження правопорушнику, -

карається виправними роботами на строк до двох років, або службовим обмеженням на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років» [88, с. 141].

На нашу думку, покарання до осіб, які здійснюють службові владні повноваження і вчинили такі «перебільшення» за частиною 2 статей 118 і 124 Особливої частини КК України повинно бути дещо суворіше, ніж до звичайних громадян за перевищення меж необхідної оборони, оскільки, на відміну від звичайних громадян, ці особи можуть реально оцінити характер та ступінь небезпеки посягання під час здійснення своїх службових владних повноважень і використати найбільш доцільні заходи та методи реагування на суспільно небезпечне посягання, відповідно до службових наказів та інструкцій.

Також необхідно зазначити, що в Особливій частині КК України для спеціально уповноважених осіб держави (службових осіб, військовослужбовців) існує кримінальна відповідальність за статтями 365 та 424 КК України за «перевищення влади та службових повноважень». Вказана кримінальна відповідальність за «перевищення влади та службових повноважень» повністю відрізняється від запропонованої нами кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень», якою ми пропонуємо доповнити частину 2 статей 118 і 124 Особливої частини КК України. Розглянемо докладніше відмінність між ними.

Взагалі питання перевищення влади або службових повноважень у судовій практиці для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців багато в чому тлумачаться Постановою Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26.12.2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень». Відповідно до п. 5 цієї постанови під перевищенням влади або службових повноважень необхідно розуміти:

а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства;

б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки в особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності цих умов;

в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені лише колегіально;

г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти [104, с. 7].

В той же час у зазначеній постанові допускається під час розгляду питання про перевищення влади або службових повноважень, і це потрібно спеціально виділити, широке застосування різних обставин, що виключають злочинність діяння. Так, наприклад, відповідно до п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»: «коли службова особа перевищила владу або службові повноваження з метою запобігти шкідливим наслідкам, більш значним, ніж фактично заподіяна шкода, і їх не можна було відвернути іншими засобами, її дії як вчинені в стані крайньої необхідності відповідно до ст. 39 КК не можуть бути визнані злочинними» [104, с. 8]. Тобто, якщо розглядати відповідальність за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень», то можна визначити, що хоча в процесі здійснення службових владних повноважень працівник правоохоронного органу, військовослужбовець і допускає перевищення заходів, необхідних для їх здійснення, тобто використовує більшу силу і завдає більшу шкоду правопорушнику ніж це передбачено цією обставиною, що виключає злочинність діяння, однак він має право на здійснення цих повноважень та заходів відповідно до норм спеціального закону, що регулює його діяльність. А при «перевищенні влади та службових повноважень» він здійснює такі повноваження та заходи, на які в даній ситуації не має права взагалі і які спеціальний закон, що регулює його діяльність, не дозволяє йому здійснювати [88, с. 139].

Наприклад, працівник міліції, виконуючи свої службові владні повноваження, застосував вогнепальну зброю для захисту від нападу озброєного ножем злочинця, який з відстані трьох метрів нападав на нього, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 15 Закону

України «Про міліцію», але при цьому стріляв не по кінцівках злочинця, а в груди, чим заподіяв йому смерть. В цьому випадку працівник міліції перевищив заходи, необхідні для здійснення службових владних повноважень, оскільки повинен був стріляти по кінцівках злочинця, який знаходився від нього на відстані трьох метрів і не становив безпосередньої загрози його життю та здоров'ю, тобто неправильно співвідніс суспільну небезпечність нападу і межі захисту. Однак, якщо наприклад, працівник міліції застосував вогнепальну зброю проти особи, яка вчинювала адміністративне правопорушення або дисциплінарний проступок, або проти особи, яка хоч і вчинила злочин, однак після вчинення злочину не виражала агресії і не намагалася здійснити напад на працівника міліції, тобто не у випадках, передбачених ст. 15 Закону України «Про міліцію», то він повинен нести відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, відповідно до ст. 365 КК України.

Таким чином ми можемо зазначити, що кримінально-правова норма про «перевищення влади та службових повноважень» є загальною для спеціально уповноважених осіб держави, а кримінально-правова норма про «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень» – спеціальною нормою, яка підлягає застосуванню лише у випадку перевищення допустимої міри заподіяння шкоди вказаними особами правопорушнику під час захисту від суспільно небезпечних посягань.

Розглянемо співвідношення цієї загальної та спеціальної норми на прикладах з практики. Так, 23 жовтня 2010 року дільничний інспектор Синельниківського міськвідділу міліції Дніпропетровської області заступив на чергування з охорони бюлетенів на територіальній виборчій комісії в селищі Старовишневецьке. Бюлетені зберігалися у приміщенні сільради. Відповідно до інструкції, правоохоронець мав через певний проміжок часу виходити на вулицю та оглядати прилеглу територію. Під час одного із таких оглядів близько другої ночі міліціонер вийшов на вулицю та побачив двох підлітків, які були у нетверезому стані та вчепилися до нього із погрозами. На попередження про можливість застосування

зброї підлітки не відреагували, а навпаки, наближаючись до міліціонера, висловили намір заволодіти його зброєю [140].

Правоохоронець, керуючись статтею 15¹ Закону України «Про міліцію», оголив табельну вогнепальну зброю і, зробивши два попереджувальних постріли вгору, наказав підліткам залишатись на місці. Однак на цю вимогу працівника міліції підлітки не відреагували і, висловивши сумнів щодо наявності в пістолеті бойових набоїв, здійснили груповий напад на працівника міліції. В свою чергу, міліціонер, захищаючись, зробив три постріли по ногах одного з нападників, який наближався до нього спереду, чим поранив його. В цей час другий нападник, обхопивши працівника міліції ззаду за тулуб двома руками, намагався вихопити зброю. Дільничний інспектор, перекинувши пістолет у ліву руку, з-під пахви зробив постріл у бік нападника, спричинивши останньому смертельне вогнепальне поранення в області правого плеча, від якого той невдовзі помер.

Згідно проведеного у лікарні медичного обстеження працівника міліції та нападників на предмет наявності у їх крові алкоголю та наркотичних засобів працівник міліції знаходився у тверезому стані, а двоє нападників – у нетверезому. За результатами проведеного службового розслідування Синельниківською міжрайонною прокуратурою дії дільничного інспектора міліції щодо застосування табельної вогнепальної зброї були визнані правомірними [140].

Таким чином можемо зазначити, що в даному випадку працівник міліції застосував вогнепальну зброю правомірно, відповідно до ст. 15¹ Закону України «Про міліцію», оскільки він спочатку оголив вогнепальну зброю і попередив правопорушників про можливість її застосування, а вже потім застосував її при груповому нападі на себе, стріляючи спочатку по ногах першого нападника з метою попередження нападу на себе, а вже потім на ураження другого нападника з метою відбиття безпосереднього нападу ззаду на себе, направленою на заволоння вогнепальною зброєю. Загальна норма про «перевищення влади та службових повноважень» могла в цьому випадку мати місце, якби працівник міліції дістав вогнепальну зброю та відкрив вогонь без будь-якого нападу на нього підлітків та попередження про застосування зброї. Спеціальна норма про «перевищення заходів,

необхідних для здійснення службових владних повноважень», в даному випадку могло мати місце, якби працівник міліції відкрив вогонь не по ногах першого нападника, який наступав на працівника міліції без зброї, а одразу вистрелив би в нього на ураження, оскільки в такому випадку застосована сила не відповідала би суспільній небезпечності посягання.

Для більш точного розрізнення цих видів кримінальної відповідальності розглянемо практичні приклади «перевищення влади та службових повноважень» при незаконному застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави: так, 01 жовтня 2008 р. біля 24.00 працівники роти міліції особового призначення «Беркут» УМВС України у Вінницькій області В. Р. і Т., знаходячись на службі по охороні громадського порядку, заїхали на заправку АЗС «WELLS» у м. Вінниці, де побачили К., який голосно розмовляв з друзями, але не вчиняв протиправних дій. В. і Р., підійшовши ззаду до К., нанесли йому удар по ногах і після того як К. впав на асфальт, здійснили йому залом руки за спину, наділи наручники, та відвели до службового автомобіля УАЗ «Патріот» із спеціальними номерними знаками «1084». Після цього працівники «Беркут» відвезли К. до диспансеру для проведення медичного огляду на предмет вживання алкоголю, де К. проходити медичний огляд відмовився. Тоді В. Р. і Т., побивши К., доставили його до ВМУ УМВС у Вінницькій області, де склали рапорти про непокору К. законному розпорядженню працівника міліції і неправдиві пояснення свідків, які не перебували на місці пригоди. Стосовно неправомірного застосування фізичної сили та спеціальних засобів Староміським районним судом м. Вінниці працівників «Беркут» В. Р. і Т. було визнано винними у перевищенні влади і службових повноважень і за ч. 2 ст. 365 КК України кожному з них було призначено покарання у вигляді чотирьох років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади у сфері службової діяльності строком на три роки [10]. Тобто, за даних обставин, працівники роти міліції особового призначення «Беркут» В. Р. і Т. перевищили свої службові повноваження по застосуванню сили, оскільки застосували фізичну силу та спеціальний засіб (наручники) до громадянина К. без відповідних правових підстав, а саме не у випадках, передбачених статтями 12-14 Закону України «Про міліцію».

29 листопада 2008 року для несення служби з охорони громадського порядку у Святошинському РУ ГУМВС України в місті Києві, старший солдат М. разом з іншими солдатами Н. і О. військової частини № 3027 внутрішніх військ МВС України були задіяні до виконання завдань з охорони громадського порядку на території Святошинського району міста Києва. В той же день, біля 18 години 15 хвилин, коли Д. разом із своїм знайомим Г., після спільного розпивання спиртних напоїв знаходилися на кінцевій зупинці тролейбусного маршруту № 7, їх затримав наряд охорони порядку і доставив до Святошинського РУ ГУМВС України в місті Києві для складання адміністративного протоколу про появу в громадському місці у нетверезому вигляді. По прибуттю до райвідділу, правопорушники Д. і Г. були розміщені на лавці за робочим столом, яка розташована в холі зліва від чергової частини, а наряд, який їх доставив, відбув на свій маршрут патрулювання для перевірки інформації про вчинення злочину, яка надійшла до райвідділу [11].

Того ж дня, біля 18 години 45 хвилин до Святошинського РУ ГУМВС України в місті Києві постом охорони порядку у складі старшого солдата внутрішніх військ М. та солдатів Н. і О. було доставлено інших осіб з метою притягнення їх до адміністративної відповідальності за розпивання спиртних напоїв у громадських місцях. Після складання рапорту про вчинення адміністративного правопорушення, старший солдат внутрішніх військ М. на лавці за робочим столом, який розташований в холі навпроти чергової частини, почав навчати солдатів Н. і О. правильності складання таких рапортів. В цей час прапорщик міліції з чергової частини Р. завів Д. і Г., які сиділи на лавці біля чергової частини, до чергової частини і почав перевіряти разом з лейтенантом міліції С. чи не притягалися правопорушники раніше до адміністративної відповідальності за аналогічні правопорушення. В цей час лейтенант міліції С. помітив, що Д. намагається з кимось зв'язатись по мобільному телефону і зробив йому зауваження, щоб він не розмовляв по телефону, однак затриманий Д. ніяким чином не зреагував на зауваження, у зв'язку з чим лейтенант міліції С. підбіг до нього та долонею своєї руки наніс йому удар по обличчю. У свою чергу старший солдат внутрішніх військ М., побачивши це, з метою подолання протидії затриманого Д. вимогам працівників

міліції, діючи умисно, явно виходячи за межі наданих йому прав, передбачених статтями 12 та 13 Закону України «Про міліцію», забіг до чергової частини Святошинського РУ ГУМВС України в місті Києві та, підбігши до затриманого Д., кулаком своєї руки наніс йому удар в область грудей та коліном своєї ноги – в область живота, чим спричинив Д. тяжкі тілесні ушкодження у вигляді внутрішньо-очеревинного розриву сечового міхура. Подолавши таким чином протидію затриманого Д. вимогам працівників міліції, старший солдат М. допоміг лейтенанту міліції С. і прапорщику міліції Р. покласти затриманого Д. обличчям до підлоги, після чого повернувся до виконання своїх службових обов'язків. Через деякий час, від отриманих тілесних ушкоджень, затриманий Д. почав скаржитися на біль та періодично втрачав свідомість, у зв'язку з чим лейтенант міліції С. викликав до Святошинського РУ ГУМВС України в місті Києві карету швидкої медичної допомоги, яка госпіталізувала Д. до лікарні. Вироком Святошинського районного суду м. Києва від 22 квітня 2009 р. старшого солдата внутрішніх військ МВС України М. було визнано винним у перевищенні влади та службових повноважень, під час застосування ним сили до затриманого Д., за ч. 2 ст. 365 КК України і йому було призначено покарання у вигляді п'яти років позбавлення волі з позбавленням права займати певні посади, пов'язані із спеціальними владними повноваженнями в правоохоронних органах строком на два роки [11]. Тобто, за даних обставин справи, старший солдат внутрішніх військ М. перевищив свої службові повноваження по застосуванню сили, оскільки застосували фізичну силу і заподіяв її застосуванням тяжкі тілесні ушкодження громадянину М. без відповідних правових підстав, а саме не у випадках, передбачених статтями 12 та 13 Закону України «Про міліцію».

Узагальнюючи вищевказане ми можемо зробити висновок про необхідність правового закріплення розмежування кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень» від кримінальної відповідальності за «перевищення влади та службових повноважень» у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», яке, на нашу думку, можна визначити та викласти наступним чином:

«Потрібно відрізнити перевищення влади та службових повноважень від перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень при застосуванні працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї з метою попередження, припинення або захисту від суспільно небезпечних посягань. При перевищенні заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, працівник правоохоронного органу, військовослужбовець має право на застосування відповідного заходу впливу до правопорушника, однак при цьому неправильно співвідносить суспільну небезпечність посягання та межі застосування сили. Перевищення влади та службових повноважень при застосуванні працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї є більш тяжким злочином і полягає у застосуванні цих заходів без наявності права на таке застосування, або застосування цих заходів не у випадках, передбачених спеціальними законами, що регулюють службову діяльність таких осіб».

Розглянемо співвідношення кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень» і кримінальної відповідальності за «перевищення меж необхідної оборони». Це співвідношення безпосередньо залежить від співвідношення здійснення службових владних повноважень та необхідної оборони як обставин, що виключають злочинність діяння, для спеціально уповноваженої особи, що в свою чергу залежить від того, за яких обставин ця особа зіткнулась із суспільно небезпечним посяганням. В тих випадках, коли спеціально уповноважена особа піддалася суспільно небезпечному посяганням не під час здійснення своїх службових владних повноважень, а в приватному житті, як звичайний громадянин – її дії необхідно оцінювати з точки зору законодавства необхідної оборони. Відповідно, умисне вбивство або умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, вчинене службовою особою в приватному житті при перевищенні меж необхідної оборони, кваліфікується за ст. 118 або 124 КК України [104, с. 8]. Однак, коли спеціально уповноважена особа зіткнулась із суспільно небезпечним посяганням під час

виконання обов'язків служби, тобто, наприклад, вона була у форменому одязі, або виконувала службове завдання, або відрекомендувалась працівником міліції і висунула до порушника владні вимоги, то її дії повинні оцінюватися судом з точки зору інституту здійснення службових владних повноважень і спеціальних нормативно-правових актів, що регулюють її службову діяльність.

Проаналізувавши правову природу кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень», ми можемо зазначити, що застосування сили при здійсненні службових владних повноважень може включати в себе різноманітну кількість складних практичних випадків при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечного посягання. Тому доцільно провести класифікацію і виділити певні види здійснення службових владних повноважень в залежності від особливостей конкретного суспільно небезпечного посягання. На прикладі класифікації видів необхідної оборони ми пропонуємо виділити наступні види здійснення службових владних повноважень:

- 1) загальний;
- 2) привілейований;
- 3) спеціальний.

Загальний випадок здійснення службових владних повноважень полягає у тому, що суспільно небезпечне посягання, яке вчиняється правопорушником або особа правопорушника не має ніяких особливостей, передбачених у законі і тому спеціально уповноважена особа застосовує заходи впливу у загальному порядку, відповідно до норм спеціального закону, що регулює її діяльність.

Привілейовані випадки здійснення службових владних повноважень полягають у певних фізичних особливостях особи правопорушника, які передбачені у законі і, відповідно, обмежують можливість застосування сили з боку спеціально уповноваженої особи у випадку вчинення правопорушником суспільно небезпечного посягання. Так, відповідно до ч. 3 ст. 12 Закону України «Про міліцію» забороняється застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю до таких категорій осіб, як: а) жінки з явними ознаками

вагітності; б) малолітні; в) інваліди з явними ознаками інвалідності; г) особи похилого віку [27].

Тобто, закон надає даним категоріям правопорушників привілейоване становище порівняно із іншими правопорушниками у зв'язку з їх обмеженими фізичними можливостями по вчиненню протидії, опору та нападу на спеціально уповноважену особу. Однак, в той же час у випадку вчинення ними групового нападу, що загрожує життю і здоров'ю людей, працівників міліції, або збройного нападу чи збройного опору, тобто діянь з підвищеним рівнем суспільної небезпечності, зазначені вище обмеження по застосуванню сили на ці категорії осіб не поширюються.

В законодавстві відсутні ознаки, за допомогою яких громадянина можна відносити до привілейованих категорій осіб. Можна зазначити, що поняття «особа похилого віку» не можна ототожнювати з поняттям «пенсіонер», оскільки для деяких категорій працівників зі шкідливими умовами праці (шахтарі, робітники хімічної промисловості, сталевари та інші) призначення пенсії здійснюється значно раніше пенсійного віку. Таким чином до осіб похилого віку необхідно відносити осіб, яких працівник міліції сприймає як неспроможних внаслідок вікових змін створювати небезпеку для життя та здоров'я громадян і працівників міліції. Жінок з явними ознаками вагітності необхідно розглядати такими, якщо вони візуально можуть бути визнані вагітними на день вчинення правопорушення. До малолітніх осіб, відповідно до КК України, необхідно відносити осіб, які не досягли 14 років. Поняття «інвалід» є також оціночним критерієм, оскільки, як відомо, при відсутності одного ока у людини вона також є інвалідом. Але це не є гарантом того, що відносно такої особи не може бути застосовано силу. Явними ознаками інвалідності відповідно до Закону України «Про міліцію» потрібно визнавати такі каліцтва чи вроджені вади, з огляду на які особа не може створювати небезпеку життю чи здоров'ю працівника міліції або інших громадян. Таким чином можна зазначити, що вказані категорії привілейованих осіб, відносно яких заборонено або обмежено право на застосування сили, є «оціночними» і в кожному конкретному випадку вони повинні визначатись спеціально уповноваженими особами візуально.

Спеціальні випадки здійснення службових владних повноважень полягають у тому, що посягання, яке здійснюється з боку правопорушника, в силу певних фізичних чи психологічних особливостей, становить підвищену суспільну небезпеку. До цієї групи посягань, на нашу думку, необхідно відносити: а) попередження або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину; б) озброєний напад чи опір спеціально уповноваженій особі; в) груповий напад на спеціально уповноважену особу.

Саме підвищена суспільна небезпека такого роду посягань досить часто призводить до загибелі або тяжких ушкоджень здоров'я спеціально уповноважених осіб [116]. Наведемо з цього приводу приклад озброєного опору працівникам міліції з практики: 7 липня 2010 року о 22.00 на проспекті Людвіга Свободи у м. Харків наряд патрульно-постової служби у складі двох інспекторів Т. і Д., які несли службу по охороні громадського порядку, помітили підозрілого чоловіка К., який був незвичайно одягнений у чорний одяг та хірургічні рукавички на руках. В руках у К. був великий предмет, завернутий у ганчірку та сумка. Інспектори ДПС вирішили перевірити у нього документи та попросили зупинитись. Однак, під час перевірки документів К., діставши із сумки газовий балончик та бризнувши з нього в співробітників міліції, почав тікати. Інспектори ДПС Т. і Д. кинулися наздоганяти його. Під час погоні до інспекторів ДПС приєднався співробітник Державної служби охорони Р., який побачивши з машини погоню, запропонував інспекторам свою допомогу. Міліціонери розділилися та почали шукати правопорушника. 33-літній старший сержант міліції Т. пішов до гаражів, які розташовані в районі будинку № 13 по вул. Ахсарова. К. сховався поміж гаражами в темному місці і дістав із ганчірки автомат. Побачивши старшого сержанта міліції Т., який зі зброєю в руках наближався до гаражів, К. випустив в нього дві автоматні черги і смертельно поранив його. Падаючи, смертельно поранений Т. встиг лише тричі вистрелити в асфальт. Після цього К. зник з місця події. Наступного дня під час затримання К. у його будинку, він поранив двох співробітників кримінального розшуку, які в свою чергу, застосувавши вогнепальну зброю, поранили та затримали К. [70].

Тому спеціально уповноважені особи повинні чітко усвідомлювати правові підстави та порядок застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї у цих випадках та можливість завдання будь-якої шкоди правопорушнику з метою попередження, припинення або захисту від таких посягань з підвищеним рівнем суспільної небезпеки.

Розглянемо спеціальні випадки здійснення службових владних повноважень більш детально. Попередження або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину означає, що з боку правопорушника вчинюється особливо тяжкий злочин, який завдає найбільш значної шкоди охоронюваним кримінальним законам суспільним відносинам. Особливо тяжким злочином відповідно до ст. 12 КК України є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічне позбавлення волі, а також штраф у розмірі понад 25 тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян [48, с. 9]. До особливо тяжких злочинів відносяться, зокрема, такі розповсюджені злочини, як вбивство (ст. 115 КК України), розбій, поєднаний з проникненням до житла (ст. 187 КК України), бандитизм (ст. 257 КК України), терористичний акт (ст. 258 КК України), умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу тяжких тілесних ушкоджень (ст. 345 КК України) та інші. Під час вчинення такого злочину спеціально уповноважена особа повинна мати безумовне право на застосування вогнепальної зброї та на заподіяння будь-якої, в тому числі і тяжкої, шкоди правопорушнику з метою попередження або припинення цього злочину.

Випадок вчинення правопорушником збройного нападу або опору передбачає використання ним будь-якого виду зброї, яка може спричинити ушкодження, небезпечні для життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи в момент їх нанесення. Під збройним опором розуміється активна фізична протидія правопорушника здійсненню відповідними особами свої службових обов'язків із застосуванням щодо них зброї. Збройний напад передбачає активні дії правопорушника, які здійснюються шляхом застосування зброї і направлені на заподіяння шкоди життю і здоров'ю спеціально уповноваженої особи. Під зброєю слід розуміти предмети (пристрої), призначені для ураження живої чи іншої цілі, які

відповідають стандартним зразкам або історично виробленим типам. Такі предмети (пристрої) можуть бути виготовлені заводським, у т.ч. за спеціальним замовленням, або іншим способом, знаходитись на озброєнні військових формувань України або бути знятими з нього та з виробництва, мати воєнне, спортивне, мисливське чи інше призначення, при цьому бути повністю справними або мати дефекти, які не впливають на їх бойові властивості.

Випадок вчинення групового нападу означає здійснення групою правопорушників (двоє та більше осіб) одночасного нападу на спеціально уповноважену особу, яка виконує свої службові обов'язки. Група осіб може виступати як у виді співвиконавців, так і у виді організованої групи, учасники якої завчасно розподілили свої обов'язки при здійсненні нападу. Напад групи осіб у зв'язку з їх фізичною перевагою завжди становить підвищену небезпеку для життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи і, крім того, внаслідок своєї непередбачуваності не дає можливості дати своєчасну і належну правову оцінку діям правопорушників. Тому спеціально уповноважена особа повинна мати безумовне право на застосування вогнепальної зброї та на заподіяння будь-якої, в тому числі і тяжкої, шкоди правопорушникам з метою припинення їх групового нападу.

Таким чином узагальнюючи вищезазначене, можна зробити висновок про можливість визначення у Кримінальному кодексі України кримінальної відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень», яка принципово відрізняється від таких видів відповідальності, як «перевищення влади та службових повноважень» і «перевищення меж необхідної оборони». У цьому підрозділі дисертації було розглянуто в чому полягають відмінності між цими видами кримінальної відповідальності. У зв'язку з цим пропонується доповнити ст. 118 та 124 КК України положеннями, які визначають кримінальну відповідальність за умисне нанесення тяжких тілесних ушкоджень та умисне вбивство, вчинені при перевищенні заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень та внести відповідні зміни до постанови Пленуму Верховного Суду України «Про

судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», пов'язані із розмежуванням відповідальності за «перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень» та відповідальності за «перевищення влади і службових повноважень». Внесення цих змін допоможе покращити механізм правового регулювання кримінальної відповідальності спеціально уповноважених осіб держави.

Висновки до розділу III.

Проаналізувавши розділ III «Здійснення службових владних повноважень як обставина, що виключає злочинність діяння» ми дійшли наступних висновків:

1) Визначено, що в науці кримінального права існують дві точки зору щодо правової природи захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань із застосуванням фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. За першою точкою зору (Л.В. Гусар, І.В. Ткаченко, М.І. Якубович) такі дії характеризуються як акт необхідної оборони, межі якого визначають спеціальні закони, а за другою (Н.Д. Дурманов, Ю.В. Баулін, Н.Н. Паше-Озерський) – як здійснення службових владних повноважень (виконання службових обов'язків), оскільки правом на необхідну оборону може володіти лише приватна особа.

2) На підтримку думки другої групи фахівців щодо характеристики захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань як здійснення службових владних повноважень нами наведено такі аргументи: а) такі особи є спеціально уповноваженими особами й наділені законом повноваженнями, які не має приватна особа (правом перевіряти документи, затримувати особу, застосовувати зброю); б) стан необхідної оборони в них виникає не раптово, як у приватних осіб, а в процесі несення служби й виконання спеціальних повноважень (охорони громадського порядку, розшуку, переслідування особи або її затримання, тримання її під вартою), під час здійснення яких вони психологічно й фізично готові до виникнення відповідних ситуацій;

в) для таких осіб здійснення спеціальних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку, за невиконання або неналежне виконання яких вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі кримінальну), а не суб'єктивним правом, як для приватних осіб; г) на відміну від приватної особи, вони практично завжди озброєні вогнепальною зброєю та спеціальними засобами й володіють знаннями та навичками їх практичного застосування.

3) Запропоновано сформулювати законодавчу конструкцію такого захисту в ст. 36¹ розділу VIII КК України, яку можна охарактеризувати як «здійснення службових владних повноважень», таким чином: «Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійсненого правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність».

Шкода, яка заподіюється правам і свободам, здоров'ю й життю правопорушника, має зводитись до мінімуму та не повинна перевищувати міри, необхідної для здійснення службових владних повноважень, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору або групового нападу на спеціально уповноважену особу.

Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень полягає у застосуванні спеціально уповноваженою особою держави такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент їх здійснення. Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених ст. 118 та 124 цього Кодексу.

Примітка. Службові владні повноваження – це діяння, які здійснюються спеціально уповноваженими особами державних органів з метою виконання завдань і функцій, покладених законом на ці органи і в межах, передбачених спеціальними

законами, що регулюють їх діяльність. До спеціально уповноважених осіб належать працівники міліції, Служби безпеки України, митної служби, військовослужбовці та інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» й військових статутів Збройних Сил України».

4) Досліджено відмінність здійсненням службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння від необхідної оборони за відповідними критеріями.

5) Запропоновано, по аналогії із кримінальною відповідальністю за перевищення меж необхідної оборони, визначити у статях 118 та 124 Особливої частини КК України частину 2, яка буде регулювати кримінальну відповідальність за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень і яку можливо викласти наступним чином:

- ч. 2 ст. 118: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило смерть правопорушнику, - карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до трьох років»;

- ч. 2 ст. 124: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження правопорушнику, - карається виправними роботами на строк до двох років, або службовим обмеженням на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років».

б) Аргументована думка, що покарання до осіб, які здійснюють службові владні повноваження, за ст.ст. 118 і 124 КК України повинно бути дещо суворіше, ніж до звичайних громадян за перевищення меж необхідної оборони, оскільки, на відміну від звичайних громадян, ці особи можуть реально оцінити характер та ступінь небезпеки посягання під час здійснення своїх службових владних повноважень і використати найбільш доцільні заходи та методи реагування на них, відповідно до службових наказів та інструкцій.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено комплексне дослідження теоретичних і практичних основ кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Розроблено рекомендації щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства з цих питань. Здійснене дослідження дає змогу сформулювати певні висновки та рекомендації, що мають як теоретичне, так і практичне значення:

1) Визначено, що необхідна оборона з'явилася у зв'язку із необхідністю законодавчого закріплення захисту особи від вбивства. Було встановлено, що перші згадки про необхідну оборону містилися в договорах князів Олега та Ігоря з Візантією 911 та 945 років. Хоча спеціального визначення необхідної оборони в цих договорах не було, однак право необхідної оборони тісно перепліталось із кровною помстою і виступало у формі дозволу на розправу на місці злочину. Саме поняття «необхідна оборона» вперше набуло законодавчого закріплення у Воїнських статутах 1716 р. та Морському уставі 1720 р. Петра I, де вона називалася «потрібний захист» і розумілася виключно як право вбивства особи, що нападала.

2) Досліджено, що сучасне визначення необхідної оборони та умов її правомірності було сформовано за радянського періоду. Спочатку необхідна оборона визнавалася допустимою лише при захисті особи, що оборонялася, або інших осіб (1919р.), а у подальшому до об'єктів її захисту були включені: права того, хто оборонявся, чи права інших осіб (1922р.), державні інтереси (1924 р.), суспільні інтереси (1958 р.). Відповідно до ст. 15 КК УРСР 1960 року необхідною обороною «визнаються дії, вчинені з метою захисту інтересів чи прав особи, яка захищається, або іншої особи, інтересів суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання шляхом завдання шкоди тому, хто посягає, якщо такі дії були зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання». На підставі цього визначення сформовано сучасне визначення необхідної оборони у КК України 2001 р., доповненням до якого стали положення про «заподіяння тому, хто

посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання».

3) Досліджено, що уявна оборона, на відміну від необхідної оборони, не мала законодавчого закріплення у кримінальному законі до середини XIX століття і лише в 1845 році була визначена в Уложенні про покарання кримінальні та виправні як «випадкова помилка або обман». Сучасна конструкція уявної оборони була сформована на основі тлумачень судової практики про мниму оборону у Постановах Пленуму Верховного Суду СРСР 1956, 1969, 1984, 1991 років і остаточно визначилась у ст. 37 КК України 2001 року.

4) Встановлено, що захист посадових осіб держави (дружинників, караульних, військових, довбишів, жандармів, поліцейських, міліціонерів) від суспільно небезпечних посягань передбачався у законодавчих актах на протязі всієї історії розвитку української держави. Загалом ці норми спочатку структурно входили до норм про необхідну оборону, а вже з 1879 року існували самостійно і визначали випадки та особливості застосування спеціальними категоріями державних службовців фізичної сили та зброї. Основний розвиток законодавства про застосування фізичної сили та вогнепальної зброї поліцією відбувся у радянський період і визначився 8 червня 1973 р. Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про загальні обов'язки та права радянської міліції по охороні громадського порядку та боротьбі зі злочинністю», на підставі якого сформовані сучасні підстави і порядок застосування фізичної сили та зброї у Законі України «Про міліцію».

5) Визначено, що у системі обставин, що виключають злочинність діяння, можна виділити певну групу, яка характеризується спільною правовою підставою – захистом від суспільно небезпечного посягання. До такої групи обставин автором зараховано необхідну оборону, уявну оборону які закріплені в КК України, а також захист працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань шляхом застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. Спільною рисою для вказаних вище обставин, яка дозволяє автору поєднати їх у одну групу є правова підстава, на основі якої вони здійснюються – суспільно небезпечне посягання, яке направлене на заподіяння

шкоди правоохоронюваним інтересам особи, що захищається, або іншої особи, суспільним інтересам чи інтересам держави.

6) Встановлено, що закон прямо не визначає таке суспільно небезпечне посягання злочином, оскільки правомірним визнається захист не тільки від діяння, яке в кримінально-правовому значенні є злочином, а і від суспільно небезпечного посягання неосудної особи або особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Такі суспільно небезпечні посягання у зв'язку з відсутністю «свідомого» суб'єкта не визнаються злочином, але мають необхідний характер і ступень суспільної небезпеки.

7) На підставі проведеного аналізу інституту необхідної оборони в кримінальному законодавстві України й восьми зарубіжних країн з різних правових сімей встановлено, що в кримінальному праві країн англо-американської правової сім'ї (США, Англії) об'єктом захисту при необхідній обороні є, по-перше, життя та здоров'я, права й свободи особи; по-друге життя та здоров'я, права й свободи інших осіб; по-третє, власність. Кримінальне законодавство України об'єктом захисту в необхідній обороні визначає «охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається, або іншої особи, суспільні інтереси та інтереси держави», що є досить загальним формулюванням, яке не вказує на конкретні об'єкти захисту.

8) Запропоновано авторське визначення поняття «необхідна оборона» у ст. 36 КК України як дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання.

9) Розглянуто правову підставу виникнення права на необхідну оборону в КК України, якою, відповідно до ч. 2 ст. 36, є вчинення особою суспільно небезпечного посягання. Здійснено дослідження Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» та встановлено, що, відповідно до п. 2 цієї постанови, правовою підставою виникнення стану необхідної оборони є не тільки суспільно небезпечне посягання, а також створення реальної

загрози заподіяння шкоди. На підставі цього зроблено висновок про можливість розширеного визначення правової підстави необхідної оборони в КК України як захисту від вчинення особою суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення та запропоновано викласти ч. 2 ст. 36 КК України в такому вигляді: «Кожна особа має право на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення незалежно від можливості його уникнути чи звернутися по допомогу до інших осіб чи органів влади».

10) Визначено, що уявна оборона є самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння, яка відрізняється від необхідної оборони за основною ознакою – дійсністю (реальністю) посягання. На основі аналізу визначено поняття «уявна оборона» у ч. 1 ст. 37 КК України виявлено, що воно не містить посилання на основний критерій для кваліфікації правомірності уявної оборони – обставини, яка склалася. На підставі цього запропоновано його розширення 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».

11) Досліджено існуючі класифікації видів уявної оборони та на основі аналізу теоретичних положень та судової практики в справах про уявну оборону, запропоновано авторську класифікацію видів уявної оборони залежно від фактора, який спричинив помилкове припущення особи щодо суспільно небезпечного посягання.

12) Здійснено аналіз судової практики щодо кримінальних справ з перевищення меж необхідної оборони та встановлено тенденцію, за якою при розгляді питання про наявність/відсутність перевищення меж необхідної оборони в деяких випадках таке перевищення визначається слідчими та судами в залежності від наявності чи відсутності наслідків у формі тяжкої шкоди (смерті або тяжких тілесних ушкоджень), яка заподіюється особі, що посягає. При цьому не враховуються інші обставини конкретного випадку захисту, зокрема можливість і правомірність вчинення саме таких оборонних дій особи, що захищається, які призвели до вищевказаних наслідків. У результаті це призводить до скасування

судових рішень судами вищих інстанцій. На підставі цього запропоновано визначити в ч. 3 ст. 36 КК України поняття перевищення меж необхідної оборони залежно від правомірності оборонних дій особи, що захищається, які мають бути необхідними й достатніми для негайного відвернення чи припинення посягання, і надано пропозиції щодо викладення законодавчої конструкції цієї частини таким чином: «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту».

13) Запропоновано виділення наступних видів необхідної оборони за її законодавчою конструкцією: а) загальна; б) виключна (вчинена у стані сильного душевного хвилювання); в) спеціальна (при захисті від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку).

14) Удосконалено кримінально-правові норми про спеціальні випадки необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України при захисті особи від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку, а саме на основі аналізу кримінального законодавства країн англо-американської правової сім'ї (США, Англії) запропоновано можливість доповнення їх переліку такими: захист від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин; захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі. З урахуванням цього ч. 5 ст. 36 КК України, запропоновано викласти наступним чином: «Не є перевищенням меж необхідної оборони й не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає».

15) Визначено, що в науці кримінального права існують дві точки зору щодо правової природи захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань із застосуванням фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. За першою точкою зору

(Л.В. Гусар, І.В. Ткаченко, М.І. Якубович) такі дії характеризуються як акт необхідної оборони, межі якого визначають спеціальні закони, а за другою (Н.Д. Дурманов, Ю.В. Баулін, Н.Н. Паше-Озерський) – як здійснення службових владних повноважень (виконання службових обов'язків), оскільки правом на необхідну оборону може володіти лише приватна особа.

16) На підтримку думки другої групи фахівців щодо характеристики захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань як здійснення службових владних повноважень нами наведено такі аргументи: а) такі особи є спеціально уповноваженими особами й наділені законом повноваженнями, які не має приватна особа (правом перевіряти документи, затримувати особу, застосовувати зброю); б) стан необхідної оборони в них виникає не раптово, як у приватних осіб, а в процесі несення служби й виконання спеціальних повноважень (охорони громадського порядку, розшуку, переслідування особи або її затримання, тримання її під вартою), під час здійснення яких вони психологічно й фізично готові до виникнення відповідних ситуацій; в) для таких осіб здійснення спеціальних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку, за невиконання або неналежне виконання яких вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі кримінальну), а не суб'єктивним правом, як для приватних осіб; г) на відміну від приватної особи, вони практично завжди озброєні вогнепальною зброєю та спеціальними засобами й володіють знаннями та навичками їх практичного застосування.

17) Запропоновано сформулювати законодавчу конструкцію такого захисту в ст. 36¹ розділу VIII КК України, яку можна охарактеризувати як «здійснення службових владних повноважень», таким чином: «Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійсненого правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність».

Шкода, яка заподіюється правам і свободам, здоров'ю й життю правопорушника, має зводитись до мінімуму та не повинна перевищувати міри, необхідної для здійснення службових владних повноважень, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору або групового нападу на спеціально уповноважену особу.

Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень полягає у застосуванні спеціально уповноваженою особою держави такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент їх здійснення. Перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених ст. 118 та 124 цього Кодексу.

Примітка. Службові владні повноваження – це діяння, які здійснюються спеціально уповноваженими особами державних органів з метою виконання завдань і функцій, покладених законом на ці органи і в межах, передбачених спеціальними законами, що регулюють їх діяльність. До спеціально уповноважених осіб належать працівники міліції, Служби безпеки України, митної служби, військовослужбовці та інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» й військових статутів Збройних Сил України».

18) Досліджено та розмежовано здійснення службових владних повноважень як обставину, що виключає злочинність діяння від необхідної оборони за наступними критеріями: а) за суб'єктом: суб'єктом необхідної оборони є звичайний громадянин; суб'єктом здійснення службових владних повноважень є спеціально уповноважена особа – працівник міліції, Служби безпеки України, митної служби, військовослужбовець тощо; б) за об'єктом: об'єктом при необхідній обороні є життя і здоров'я, права і свободи, власність особи, що посягає; об'єктом при здійсненні службових владних повноважень є життя і здоров'я, права і свободи, власність правопорушника – особи, яка вчиняє або намагається вчинити кримінальне правопорушення; в) за метою: проміжною метою необхідної оборони є заподіяння особі, що посягає, співрозмірної шкоди для попередження або припинення

посягання, а кінцевою – захист життя і здоров'я, прав і свобод, власності особи, що захищається, або іншої особи; проміжною метою здійснення службових владних повноважень є запобігання та припинення суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника, або протиправної діяльності правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання, а кінцевою – затримання і доставка правопорушника до відповідного правоохоронного органу; г) за обстановкою здійснення: необхідна оборона відбувається у повсякденному житті особи і як правило несподівано; здійснення службових владних повноважень відбувається під час виконання особою своїх спеціальних обов'язків по службі; д) за правовими наслідками: необхідна оборона є правом громадянина, яке він може як реалізувати, так і відмовитись від його здійснення; здійснення службових владних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку спеціально уповноваженої особи за невиконання або неналежне виконання якого вона несе встановлену законом відповідальність; е) за правовим регулюванням: правове регулювання необхідної оборони здійснюється ст. 36 КК України; правове регулювання здійснення службових владних повноважень крім запропонованої нами статті 36¹, якою можливо доповнити КК України, здійснюється значною кількістю спеціальних законів, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб.

19) Запропоновано, по аналогії із кримінальною відповідальністю за перевищення меж необхідної оборони, визначити у статтях 118 та 124 Особливої частини КК України частину 2, яка буде регулювати кримінальну відповідальність за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень і яку можливо викласти наступним чином:

- ч. 2 ст. 118: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило смерть правопорушнику, - карається обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на строк до трьох років»;

- ч. 2 ст. 124: «Перевищення спеціально уповноваженою особою держави заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження правопорушнику, - карається виправними роботами на

строк до двох років, або службовим обмеженням на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років».

20) Досліджена та обґрунтована відмінність кримінальної відповідальності за перевищення заходів, необхідних для здійснення службових владних повноважень від кримінальної відповідальності за перевищення влади та службових повноважень та кримінальної відповідальності за перевищення меж необхідної оборони.

21) Аргументована думка, що покарання до осіб, які здійснюють службові владні повноваження, за ст.ст. 118 і 124 КК України повинно бути дещо суворіше, ніж до звичайних громадян за перевищення меж необхідної оборони, оскільки, на відміну від звичайних громадян, ці особи можуть реально оцінити характер та ступінь небезпеки посягання під час здійснення своїх службових владних повноважень і використати найбільш доцільні заходи та методи реагування на них, відповідно до службових наказів та інструкцій.

Загалом на підставі проведеного дисертаційного дослідження та системного аналізу теоретичних і практичних основ кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання можна зробити висновок щодо актуальності і важливості розгляду теоретичних і практичних питань з удосконалення правового регулювання цих обставин у кримінальному законодавстві. Основними напрямками такого вдосконалення є покращення кримінально-правового регулювання інституту необхідної оборони за рахунок викладених у дисертації положень та пропозицій, визначення уявної оборони у якості самостійної обставини, незалежної від необхідної оборони та можливість закріплення правового регулювання здійснення службових владних повноважень у КК України як обставини, що виключає злочинність діяння. На нашу думку викладені у дисертації висновки та пропозиції є важливим кроком вперед у напрямку покращення механізму кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Список використаних джерел:

1. Административное право и административная деятельность органов внутренних дел. Учебник / Под ред. : Попов Л. Л. – М. : Изд-во Академии МВД СССР. – 1990. – 223 с.
2. 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.
3. Балашов І. Перевищення меж необхідної оборони : спірні питання / І. Балашов // Право України. – 2006. – № 8. – С. 85-88.
4. Банікевич І. В. Правове регулювання застосування сили працівниками правоохоронних органів : Наук.-практ. посібник. / Іван Васильович Банікевич – Х. : Вид-во НУВС, 2001. – 84 с.
5. Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключают преступность деяния : монография / Юрий Васильевич Баулин. – Х. : Основа, 1991. – 360 с.
6. Благов Е. В. Квалификация деяний, исключющих уголовную ответственность / Е. В. Благов // Государство и право. – 1992. – № 9. – С. 78-83.
7. Болотников М. В. Институт необходимой обороны: истоки и путь развития / М. В. Болотников // Закон и право. – 2007. – № 9. – С. 104-106.
8. Бурдін В. М. Співвідношення понять: «осудність» - «вина», «неосудність» - «казус» / В. М. Бурдін // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – Вип. 6 (80). – С. 82-94.
9. Вирок Хотинського районного суду Чернівецької області від 27 травня 2008 року по справі №1-41/2008 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9059501> - назва з екрана.
10. Вирок Староміського районного суду м. Вінниці по справі № 1-38-2010 від 21 квітня 2010 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9094808> - назва з екрана.

11. Вирок Святошинського районного суду м. Києва по справі № 1-370-2009 від 22 квітня 2009 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9151829> - назва з екрана.
12. Владимиров Л. Е. Учебник русского уголовного права. Общая часть / Леонид Евстафьевич Владимиров. – Харьков, 1889. – 280 с.
13. «Во время попытки ограбления ювелирного магазина в Кривом Роге милиционер убил злоумышленника выстрелом в грудь» (ТСН : черная хроника) [Электронный ресурс] / ТСН : официальный веб-сайт // Режим доступа к документу: <http://ru.tsn.ua/chorna-hronika/v-krivom-roge-militsioner-zastretil-belorusa.html> - назва з екрана.
14. Володарський В. Проблемні питання необхідної оборони / В. Володарський // Право України. – 1998. – № 11. – С. 118-122.
15. Гаршин В. Г. Необходимая оборона / В. Г. Гаршин // Российская юстиция. – 2006. – № 3. – С. 18-21.
16. Гуртовенко О. Л. Психічне насильство у кримінальному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. Л. Гуртовенко. – Одеса: ОНЮА, 2008. – 17 с.
17. Гусар Л. Аналіз обставин, що виключають злочинність діяння / Л. Гусар // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 11. – С. 73-79.
18. Гусар Л. В. Застосування необхідної оборони працівниками міліції / Л. В. Гусар // Вісник Прокуратури. – 2006. – № 10. – С. 90-94.
19. Гусар Л. В. Необхідна оборона: кримінологічні та кримінально-правові аспекти : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Л. І. Гусар. – Одеса, 2009. – 17 с.
20. Гусар Л. Порівняльна характеристика кримінального права зарубіжних країн: необхідна оборона / Л. Гусар // Вісник Прокуратури. – 2008. – № 2. – С. 119-125.

21. Гусар Л. В. Поняття меж необхідної оборони / Л. В. Гусар // Прокуратура, людина, держава. – 2005. – № 11. – С. 73-78.
22. Гусар Л. В. Щодо питання про мотив, мету й емоційний стан при перевищенні меж необхідної оборони / Л. В. Гусар // Вісник Академії прокуратури України. – 2007. – № 1. – С. 116-122.
23. Діденко В. П. Обставини, що виключають злочинність діяння : Лекція / В. П. Діденко. – Київ : Українська академія внутрішніх справ, 1993. – 40 с.
24. Додин Е. В. Государственная защита служащих таможенных органов / Е. В. Додин // Митна справа. – 2000. – № 6. – С. 3-13.
25. Дурманов Н. Д. Обстоятельства, исключают общественную опасность и противоправность деяния : монография / Николай Дмитриевич Дурманов. – М. : Госюриздат, 1961. – 148 с.
26. Загоскин Н. П. Уложение царя и великого князя Алексея Михайловича и земский собор 1648-1649 г.г. / Николай Павлович Загоскин. – Казань, 1879. – 240 с.
27. Закон України «Про міліцію» станом на 25 квітня 2002 р.: офіційне видання. – К. : Парламентське видавництво, 2002. – 27 с.
28. Закон України «Про Службу безпеки України» : офіційне видання. – Закони України. – Т. 3. – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України. – 1996 р. – ст. 26. – С. 140-153.
29. Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22 червня 2000 р. № 1835-III. – Відомості Верховної Ради України. – № 40. – 6 жовтня 2000 р. – Ст. 338. – С. 796-807.
30. Закон України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» від 26 березня 1992 р. № 2235-XII. - Відомості Верховної Ради України. – № 29. – 21 липня 1992 р. – Ст. 397. – С. 951-955.
31. Закон України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003р. № 661-IV. – Відомості Верховної Ради України. – № 27. – 4 липня 2003 р. – Ст. 208. – С. 656-670.

32. Заторська І. Кримінальна відповідальність за нанесення тяжких тілесних ушкоджень (історичні аспекти) / І. Заторська // Підприємство, господарство і право. – 2008. – № 12. – С. 134-137.
33. Звечаровский И., Чайка Ю. Законодательная регламентация института необходимой обороны / И. Звечаровский, Ю. Чайка // Законность. – 1995. – № 8. – С. 33-35.
34. Іллічов М. О. Службові повноваження посадової особи органів внутрішніх справ України / М. О. Іллічов // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2002. – № 2. – С. 95-102.
35. Измозик В. С. Предисловие «Жандармы России» / Сост. Владлен Семенович Измозик. – СПб. : издательский дом «Нева»; М.: «ОЛМА-ПРЕСС», 2002. – С. 3-10.
36. Истомин А. Ф. Самооборона: право и необходимые пределы : монография / Алексей Федорович Истомин. – М. : Норма, 2005. – 224 с.
37. Кабурнеев Э. О некоторых проблемах квалификации причинения смерти при превышении пределов необходимой обороны / Э. Кабурнеев // Уголовное право. – 2006. – № 6. – С. 33-37.
38. Каганець І. Легалізація зброї як стимул до Реформації / І. Каганець // День. – 2007. – № 147. – С. 1-2.
39. Кенни К. Основы уголовного права / Под ред. и с вступительной статьей Б. С. Никифорова. – М. : Издательство Иностранной литературы, 1949. – С. 52-85.
40. Кириченко В. Ф. Значение ошибки по советскому уголовному праву / Владимир Федорович Кириченко. – М. : Изд-во АН СССР. – 1952. – 96 с.
41. Кириченко В. Ф. Основные вопросы учения о необходимой обороне в советском уголовном праве / Владимир Федорович Кириченко. – М.: Изд-во АН СССР. – 1948. – 228 с.
42. Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка от 17 декабря 1979 г. (База данных «Законодательство Украины») [Электронный ресурс] / Верховная Рада Украины: официальный веб-сайт // Режим доступа к документу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_282. – название с экрана.

43. Козак В. Н., Ной И. С. Право граждан на необходимую оборону / В. Н. Козак, И. С. Ной. – Саратов : Изд-во СГУ, 1972. – 160 с.
44. Кони А. Ф. О праве необходимой обороны / Анатолий Федорович Кони. – М. : изд-во «Остожье», 1996. – 112с.
45. Конституция Украины. – Сумы. : ООО «НОТИС», 2013. – 52 с.
46. Коржанський М. Й. Кримінальне право України. Загальна частина. Курс лекцій / Микола Йосипович Коржанський. – К. : Наукова думка, 1996. – 334 с.
47. Коржанський М. Й. Популярний коментар Кримінального кодексу України / Микола Йосипович Коржанський. – К. : Наукова думка. – 1997. – 696 с.
48. Кримінальний кодекс України (із змінами і доповненнями станом на 25 лютого 2013 року) / Укладач проф. В. І. Тютюгін. – Х. : ТОВ «Одисей», 2013. – 234 с.
49. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар. Видання п'яте, перероблене та доповнене / Відп. ред. Євгеній Львович Стрельцов. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. – 800 с.
50. Кримінальне право України: Практикум : навч. посіб. / За ред. Станіслава Сергійовича Яценка. – 3-тє вид., перероб. і доповн. – К. : Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2010. – 640с.
51. Кримінальне право України: Загальна частина : Підручник / За ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-є вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 496 с.
52. Кримінальне право України. Загальна частина / За ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – 512 с.
53. Крылова Н. Е. Основные черты нового уголовного кодекса Франции / Наталья Евгеньевна Крылова. – М. : Издательство «Спарк», 1996. – 124 с.
54. Кримінальне право України: Навч. посіб. / За ред. Станіслава Сергійовича Яценка. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 528 с.
55. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / Владимир Николаевич Кудрявцев. – М. : Норма, 2001. – 342 с.
56. Кулинич С., Волков А. Необхідна оборона як захист особи від злочинних посягань / С. Кулинич, А. Волков // Вісник Прокуратури. – 2009. – № 1. – С. 69-74.

57. Курило В. І. Організаційно-правовий аспект застосування зброї і спеціальних засобів працівниками недержавних охоронних підприємств / В. І. Курило // Право України. – 2004. – № 6. – С. 77-79.
58. Курило В. І. Організаційно-правові засади надання охоронних послуг : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В. І. Курило. – К. : НАУ, 2002. – 20 с.
59. Курило В. І. Правовий статус працівників охоронних підприємств щодо носіння, зберігання та застосування спеціальних засобів та зброї / В. І. Курило // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2002. – № 20. – С. 106-112.
60. Лупіносова О. М. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. М. Лупіносова. – Одеса : вид-во ПП «Фенікс», 2007. – 20 с.
61. Малейн Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность / Николай Сергеевич Малейн. – М. : Юридическая литература, 2005. – 326 с.
62. Мантуляк Ю. Юридичний склад правомірного вчинку / Ю. Мантуляк // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 9. – С. 33-42.
63. Матишевський П. С. Кримінальне право України / Павло Семенович Матишевський. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 271 с.
64. Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина: Підруч. для студ. юрид. вузів і факультетів / Павло Семенович Матишевський – К. : А.С.К., 2001. – 352 с.
65. Медведев А. А. Соотношение необходимой обороны и служебного долга / А. А. Медведев // Социалистическая законность. – 1974. – № 9. – С. 62-64.
66. Миколенко А. И., Миколенко А. Н. Законы Украины «О прокуратуре», «О милиции», «Об адвокатуре» : Комментарий : издание 4-ое, исправл. и допол. – Х. : ООО «Одиссей», 2005. – 304 с.
67. Милуков С. Ф. Криминологическая обоснованность законодательной регламентации обстоятельств, исключающих преступность деяния / С. Ф. Милуков

- // Российское уголовное законодательство : опыт криминологического анализа. СПб, 2000. – С. 91-98.
68. Миронов С. И. Необходимая оборона по уголовному праву Англии и США : особенности регулирования / С. И. Миронов // Государство и право. – 2002. – № 6. – С. 61-67.
69. Митний кодекс України (із змінами та доповненнями станом на 1 лютого 2013 року). – Х. : ТОВ «Одіссей», 2013. – 216 с.
70. «Молодой парень из автомата расстрелял харьковского милиционера. Видео и подробности преступления» (Медиапорт : происшествия) [Электронный ресурс] / Медиапорт НОВИНИ : официальный веб-сайт // Режим доступа к документу: <http://www.mediaport.ua/news/incidents/72011> - назва з екрана.
71. Мочкош Я. Необхідна оборона в кримінальному праві України: від ідеї до реальності / Я. Мочкош // Право України. – 2006. – № 10. – С. 95-98.
72. «На Вінниччині ДПСники відкрили вогонь, щоб зупинити порушника» (Інформаційне агентство УНІАН : новини) [Електронний ресурс] / Інформаційне агентство УНІАН : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: <http://www.unian.net/ukr/news/news-375287.html> - назва з екрана.
73. «На Полтавщині міліціонер вимушений був застосувати зброю» (Служба новин «Полтава-Інформ») [Електронний ресурс] / «Полтава-Інформ» : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: <http://poltava.info/news/poltava/item/2010/09/28/14-54-27/Na-Poltavschini-milicioner-vimushenii-buv-zastosuvati-zbroju.htm> - назва з екрана.
74. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доп. / Відп. ред. Станіслав Сергійович Яценко. – К. : А.С.К., 2006. – 848 с.
75. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під заг. ред. М. О. Потєбенька, В. Г. Гончаренка. – К. : «Форум», 2001. – 395 с.
76. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К. : Каннон, 2001. – 1104 с.
77. «На Хмельниччині зупинити п'яного водія змогли тільки попереджувальні постріли працівників державтоінспекції» (МВС України : архів новин)

[Електронний ресурс] / Міністерство внутрішніх справ України : офіційний веб-сайт
// Режим доступу до документа:
<http://mvs.gov.ua/mvs/control/ma@in/uk/publish/article/336570;jsessionid=AF8801739A668C2A4E90FD93438E4AB6> - назва з екрана.

78. Никуненко А. В. «Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние» : автореферат дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / А. В. Никуненко. – Б., 2011. – 20с.

79. Нурпеисов Е. К. Психология правомерного поведения. / Е. К. Нурпеисов. – Алма-Ата, 1984. – 274 с.

80. Орехов В. В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния / В. В. Орехов. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 217с.

81. Орловський Б. М. Інститут необхідної оборони: порівняльно-правовий аналіз / Б. М. Орловський // Держава і право : юридичні і політичні науки. – 2011. – № 53. – С. 530-534.

82. Орловський Б. М. Інститут необхідної оборони за кримінальним правом України та США: порівняльний аналіз / Б. М. Орловський // Духовне життя суспільства та злочинність. Сьомі юридичні читання : матеріали міжн. наук. конф. студентів, аспірантів і молодих вчених 11 грудня 2009 р. / За заг. ред. Є. Л. Стрельцова. – Одеса : Астропринт, 2009. – С. 114-117.

83. Орловський Б. М. Легалізація зброї як одна з гарантій забезпечення права на необхідну оборону / Б. М. Орловський // Дотримання прав людини при здійсненні правосуддя. Восьмі юридичні читання : матеріали міжнародної наукової конференції студентів, аспірантів і молодих вчених 14 травня 2010 р. – Одеса : Астропринт, 2010. – С. 144-147.

84. Орловський Б. М. Перевищення меж необхідної оборони : проблемні питання / Б. М. Орловський // «IV Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького» : Зб. наук. праць / Київський ун-т права НАН України; [редкол. : Шемшученко Ю.С.,

Бошицький Ю.Л., Чернецька О.В. та ін.]. – К. : Вид-во Європейського університету, 2011. – С. 379-382.

85. Орловський Б. М. Застосування зброї працівниками правоохоронних органів: необхідна оборона чи здійснення службових повноважень / Б. М. Орловський // Правова держава. – 2010. – № 12. – С. 210-213.

86. Орловський Б. М. Здійснення службових повноважень як нова обставина, що виключає злочинність діяння / Б. М. Орловський // Матеріали Міжнародної наукової конференції «Злочинність у сфері професійної діяльності. Дев'яті юридичні читання», присвяченої пам'яті доктора юридичних наук, професора О. Я. Светлова (10 груд. 2010 р., ОНУ ім. І. І. Мечникова) : за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. – Одеса : Астропринт, 2010. – С. 128-131.

87. Орловський Б. М. Застосування зброї працівниками правоохоронних органів: необхідна оборона чи здійснення службових повноважень / Б. М. Орловський // Реформування правової системи України в контексті розбудови правової держави та євроінтеграції : I Всеукраїнська науково-практична конференція, тези доповідей, Дніпропетровськ, 26 квітня 2010 р. – Д. : Вид-во ДУЕП, 2010. – С. 32-34.

88. Орловський Б. М. Перевищення меж службових повноважень у кримінальному праві України / Б. М. Орловський // Правова держава. – 2012. – № 14. – С. 138-142.

89. Орловський Б. М. Уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння / Б. М. Орловський // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т. 1. – Одеса : ПП «Фенікс», 2010. – С. 227-230.

90. Орловський Б. М. Уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння / Б. М. Орловський // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 3. – С. 92-96.

91. Орловський Б. М. Проблеми кримінально-правового регулювання перевищення меж необхідної оборони / Б. М. Орловський // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 2. – С. 107-112.

92. Орловський Б. М. Проблеми кримінально-правового регулювання правової та фактичної підстави необхідної оборони / Б. М. Орловський // Південноукраїнський правничий часопис. – № 2. – 2011. – С. 175-177.

93. Орловський Б. М. Правова та фактична підстава необхідної оборони: проблеми кримінально-правового регулювання / Б. М. Орловський // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 23-24 лютого 2011 року) : у 4-х томах. – Харків : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2011. – Т. 4. – С. 34-36.
94. Орловський Б. М. Обставини, що виключають злочинність діяння при наявності суспільно небезпечного посягання / Б. М. Орловський // Матеріали VI Міжнародної наукової конференції студентів та молодих вчених «Від громадянського суспільства – до правової держави» (м. Харків, 4-5 березня 2011 року) : Збірник тез доповідей. – Харків : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2011. – С. 267-269.
95. Осадчий В. Співвідношення права на застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів, заходів фізичного впливу та права на необхідну оборону, затримання злочинця в діяльності правоохоронних органів / В. Осадчий // Право України. – 1998. – № 4. – С. 69-74.
96. 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.
97. Пакутин В. Д. Превышение пределов необходимой обороны по законодательству стран дальнего зарубежья (сравнительный анализ) / В. Д. Пакутин // Материалы Всероссийской научно-практической конференции посвященной 95-летию Башкирского государственного университета. – Уфа : Башкирский гос. ун-т. – 2004. – Ч. 1. – С. 59-74.
98. Паше-Озерский Н. Н. Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву / Николай Николаевич Паше-Озерский. – М. : Госюриздат, 1962. – 181 с.
99. Петришин А. В. Статус должностного лица: природа, структура, специализация / Александр Витальевич Петришин. – К., 1990. – 182 с.
100. Платонов В. И. Уголовное право / В. И. Платонов. – СПб. : Государственная типография, 1903. – 248 с.

101. Попов К. И. Экссесс обороны и мнимая оборона / К. И. Попов // Право и государство : теория и практика. – 2010. – № 9. – С. 111-115.
102. 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. : «Одіссей», 2006. – 528 с.
103. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28.06.1991 року «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» (База даних «Законодавство України») [Електронний ресурс] / Верховна Рада України : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0004700-91> – назва з екрана.
104. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 року «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 2. – С. 7-9.
105. Постанова Президії Тернопільського обласного суду (витяг) від 11.07.1988р. : (База даних «Законодавство України») [Електронний ресурс] / Верховна Рада України : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n0001705-88> - назва з екрана.
106. Практика судів України з кримінальних справ (2001-2005) / За заг. ред. В. Т. Маляренко, В. В. Сташиса; Укладачі: В. В. Сташис, В. І. Тютюгін. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 464 с.
107. Практика судів України з кримінальних справ (2006-2007) / Укладачі : В. В. Сташис, В. І. Тютюгін; За заг. ред. В. В. Сташиса. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 880 с.
108. Проект Концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні (Українська Гельсінська спілка з прав людини) [Електронний ресурс] / Українська Гельсінська спілка з прав людини : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1177576223> – назва з екрана.

109. Прокопенко В. В. Применение огнестрельного оружия должностными лицами таможенной службы Украины / В. В. Прокопенко // Митна справа. – 2003. – № 5. – С. 23-28.
110. Рейнгард Б. Необходимая оборона / Б. Рейнгард. – Казань, 1898. – 126 с.
111. Романов О. Зброя: законодавчий аспект / О. Романов // Юридичний журнал. – 2005. – № 2. – С. 32-38.
112. Сабитов Р. А. Уголовно-правовое регулирование посткриминального поведения: автореферат дис. на соискание учен. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Рашид Акремович Сабитов. – Ленинград: Ленингр. гос. ун-т им. А. А. Жданова; Хабар. высш. шк. МВД СССР. – 1988. – 32 с.
113. Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключаящие уголовную ответственность / И. И. Слуцкий. – Львов : Изд-во ЛГУ, 1956. – 240 с.
114. Смирнова Л. Н. Обстоятельства, исключаящие преступность деяния, по законодательству некоторых западно-европейских государств / Л. Н. Смирнова // Вестник Томского государственного университета. – 2008. – № 3. – С. 130-133.
115. Старчиков М. Зброя та суспільство : гарантія захисту чи джерело агресії? / М. Старчиков // Юридичний вісник України. – 2002. – № 28. – С. 13.
116. Статистика з прес-служби МВС (Урядовий портал : єдиний веб-портал органів виконавчої влади) [Електронний ресурс] / Кабінет Міністрів України : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=243449021&cat_id=35884 - назва з екрана.
117. Статистика УДСО в Одеській області (УДСО : Новини) [Електронний ресурс] / Управління державної служби охорони при ГУМВС України в Одеській області : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: <http://ohrana-odessa.od.ua/ua/novini.html#25.11.10> - назва з екрана.
118. Статут Великого княжества Литовского 1588: Тексты. Справочник. Комментарии / Гл. редкол. И. П. Шамякин. – Минск : Бел.Сов.Энцикл., 1989. – 574с.
119. Статути Збройних Сил України. – К.: Атіка, 2006. – 432 с.

120. Сторожук Г. Про зброю «на руках» / Г. Сторожук // Юридичний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 8.
121. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах : офіційне видання / Відп. ред. Петро Пилипович Пилипчук. – К. : Ін Юре, 2006. – 392 с.
122. Судебная практика: убийства, изнасилования и другие преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам / За ред. Василя Тимофійовича Маляренко. – К. : «Знання», 1993. – 240 с.
123. Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Лекции. Часть общая. Т. 1 / Николай Степанович Таганцев. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – СПб. : Государственная типография, 1902. – 823 с.
124. Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны / Иван Станиславович Тишкевич. – М. : Юридическая литература, 1969. – 192 с.
125. Ткачевский Ю. М. Институт необходимой обороны / Ю. М. Ткачевский // Вестник МГУ. Сер. 11 Право. – 2003. – № 1. – С. 20-38.
126. Ткаченко В. И. Законодательство о применении оружия / В. И. Ткаченко // Гарантии прав личности и проблемы применения уголовного и уголовно-процессуального законодательства. Ярославль : ЯрГУ, 1989. – С. 45-51.
127. Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву / Василий Иванович Ткаченко. – Москва, 1979. – 164 с.
128. Ткаченко В. И. Мнимая оборона / В. И. Ткаченко // Социалистическая законность. – 1983. – № 3. – С. 36-38.
129. Турецкий Н. Н. Некоторые аспекты становления уголовно-правового института обстоятельств, исключающих преступность деяния / Н. Н. Турецкий // История государства и права. – 2005. – № 1. – С. 15-18.
130. Храмов С. М. Необходимая оборона и причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, в уголовном законодательстве различных стран / С. М. Храмов // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ : Збірник наукових праць. – 2003. – № 2. – С. 226-233.

131. Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов / Под ред. Ивана Даниловича Козочкина. – М. : Издательство «Зерцало», 1999. – 352 с.
132. Уголовный кодекс Австралии 1995 г. / Научное редактирование и предисловие к.ю.н., проф. Ивана Даниловича Козочкина, Елены Николаевны Трикоз. – СПб. : Издательство «Юридический центр пресс», 2002. – 388 с.
133. Уголовный кодекс РСФСР 1922 г.: Общая часть. – Москва, 1922. – 190 с.
134. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая / Багрий-Шахматов Л. В., Бажанов М. И., Бурчак Ф. К., Даньшин И. П. и др.; Отв. ред.: Бурчак Ф. Г. – Киев : Наук. думка, 1985. – 447 с.
135. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части : Учебник / Отв. редактор Евгений Львович Стрельцов. – Х. : ООО «Одиссей», 2006. – 720 с.
136. Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть : Учеб. пособие / Под ред. и с предисл. Ивана Даниловича Козочкина. – М. : Издательский дом «Камерон», 2004. – 528 с.
137. Уголовное Уложение : проект Редакционной Комиссии и объяснение к нему. – СПб., 1895. – Т. 6. – С. 9293.
138. Уголовно-процессуальный кодекс Украины (с изменениями и дополнениями по состоянию на 20 февраля 2013 года). – Перевод Фокина Л. И. / Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінально-процесуального кодексу України». – Х.: ТОВ «Одисей», 2013. – 384 с.
139. Уголовный кодекс Российской Федерации : (Кодексы и Законы РФ : правовая навигационная система) [Электронный ресурс] / Кодексы и Законы РФ : официальный веб-сайт // Режим доступа к документу: <http://www.zakonrf.info/uk/> - название с экрана.
140. «У Дніпропетровській області міліціонер застрелив підлітка, ще один поранений» (ТСН : новини) [Електронний ресурс] / ТСН : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: <http://tsn.ua/ukrayina/u-dnipropetrovskiy-oblasti-miliconer-zastrediv-pidlitka-sche-odin-poraneniy.html> - назва з екрана.

141. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1842 года. – Екатеринослав, 1909. – 480с.

142. Утевский Б. С. Вина в советском уголовном праве / Борис Самойлович Утевский. – М. : Госюриздат, 1950. – 316 с.

143. Ухвала колегії суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України по справі № 05-13712007 від 27 березня 2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/659668> - назва з екрана.

144. Ухвала колегії суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України від 7 лютого 2008 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1718884> - назва з екрана.

145. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26.07.2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/916217> - назва з екрана.

146. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26.04.2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/659437> - назва з екрана.

147. Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України (витяг) від 13.07.2000р. : (Рішення Верховного Суду України) [Електронний ресурс] / Верховний Суд України : інформаційний сервер // Режим доступу до документа: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/6599b772ff0ee802c2256c5600510cbd?OpenDocument> - назва з екрана.

148. Ухвала судової палати з кримінальних справ апеляційного суду Рівненської області від 25 вересня 2007 року по справі № 11а-463\2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи» // Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2157655> - назва з екрана.

149. Филиппов А. Н. История русского права : От Соборного Уложения царя Алексея Михайловича до издания Свода законов (лекции) / Александр Никитич Филиппов. – 5-е изд., изм. и доп. – М. : Литография Иванова, 1889-1890. – 1006 с.

150. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина : Підручник для студентів вищих навчальних закладів / Павло Львович Фріс. – К. : Атіка, 2004. – 488 с.

151. Харитонов С. О. Основания правомерного применения работниками милиции огнестрельного оружия / С. О. Харитонов // Вісник Університету внутрішніх справ. – 2000. – № 10. – С. 82-86.

152. Харченко В. Б. Уголовное право Украины : Общая и Особенная часть. Конспект лекций / За ред. Вадима Борисовича Харченко : Издание третье, перераб. и допол. – К. : Атика, 2005. – 272 с.

153. Хохлова І. В., Шем'яков О. П. Кримінальне право зарубіжних країн: Навчальний посібник / І. В. Хохлова, О. П. Шем'яков. – Київ : Центр навчальної літератури 2006. – 256 с.

154. Храмов С. М. Необходимая оборона и причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, в уголовном законодательстве различных стран / С. М. Храмов // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ : Збірник наукових праць. – 2003. – № 2. – С. 226-233.

155. Чайковский А. С., Щербак М. Г. За законом і над законом: з історії адміністративних органів і поліцейсько-жандармської системи в Україні (IX – початок XX ст.) / Анатолій Степанович Чайковський, Микола Григорович Щербак. – К. : Україна, 1996. – 286 с.

156. Шаргородский М. Д. Вопросы Общей части уголовного права: законодательство и судебная практика / Михаил Давидович Шаргородский. Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. – 256 с.
157. Шавгулидзе Т. Г. К вопросу о квалификации случаев мнимой обороны / Т. Г. Шавгулидзе // Социалистическая законность. – 1964. – № 10. – С. 44-45.
158. Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона / Т. Г. Шавгулидзе. – Тбилиси : Мецниереба. – 1966. – 158с.
159. Шафіков Е. Р. Застосування табельної вогнепальної співробітниками органів внутрішніх справ: теорія і практика / Е. Р. Шафіков // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 4. – С. 190-197.
160. Шафіков Е. Р. Необхідна оборона: особливості кримінально-правового регулювання / Е. Р. Шафіков // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – Вип. 1-2. – С. 189-195.
161. Якубович М. И. Вопросы теории и практики необходимой обороны / М. И. Якубович. – М. : ВШ МВД РСФСР, 1961. – 227 с.
162. Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника / М. И. Якубович. – М. : Знание, 1976. – 80 с.
163. Ярочкин В. И. Гражданское оружие / Владимир Иванович Ярочкин. – М. : «Ось-89», 1995. – 112 с.



000893

УКРАЇНА
 МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ, МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ
 ОДЕСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ імені І.І. МЕЧНИКОВА

65082, Україна, м. Одеса, вул. Дворницька, 2
 E-mail: oquint@paco.net, rector@onu.edu.ua

тел. (048) 723-52-54
 факс (048) 723-35-15

12.04.2012 № 02-01-701

на № _____ від _____

У спеціалізовану вчену раду
 Д 17.127.07

**Довідка
 про впровадження результатів дослідження**

Підтверджується, що на Економіко-правовому факультеті Одеського національного університету ім. І.І. Мечникова впроваджено в навчальний процес результати дисертаційного дослідження «Теоретичні і практичні основи кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання», що виконане аспірантом кафедри кримінального права, кримінального процесу і криміналістики Орловським Богданом Михайловичем, при викладанні студентам спеціальності «Правознавство» дисциплін «Кримінальне право», «Міжнародне та зарубіжне кримінальне право».

Проректор з науково-педагогічної роботи,
 доктор юридичних наук, професор



О.В. Запороженко



КИЇВСЬКИЙ РАЙОННИЙ СУД м. ОДЕСИ

вул. Варненська, 36, м. Одеса, 65080

АКТ

впровадження у діяльність суддів
Київського районного суду м. Одеси
результатів дисертаційної роботи Орловського Богдана Михайловича
«Теоретичні і практичні основи кримінально-правового регулювання обставин, що
виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання»
від 12 вересня 2012 року

Комісія у складі:

голови – судді Київського районного суду м. Одеси Чванкіна Сергія Анатолійовича,
членів комісії:

судді Федулєєвої Юлії Олександрівни,

судді Іванчука Вадима Миколайовича,

склали цей акт про те, що 12.09.2012 року в Київському районному суді м. Одеси впроваджено у діяльність суддів результати дисертаційної роботи Орловського Богдана Михайловича «Теоретичні і практичні основи кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання», які знайшли своє відображення у результаті обговорення основних результатів дисертації суддями.

Дисертантом як в самій дисертації, так і в методичних рекомендаціях запропоновано теоретичні і практичні рекомендації щодо застосування у судовій практиці положень кримінального законодавства про обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Також дисертантом запропоновано напрями удосконалення чинного кримінального законодавства щодо правового регулювання обставин, які виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання шляхом пропозиції внесення змін до Кримінального кодексу України на підставі комплексного глибокого наукового дослідження цих питань. Сформульовані належним чином обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення національного кримінального та кримінально-процесуального законодавства і практики його застосування.

Висновки, пропозиції та рекомендації, що висловлені в ході виконання дисертаційної роботи знайшли підтримку суддів Київського районного суду м. Одеси та взяті ними за основу для подальшого практичного використання.

Голова комісії:

Суддя



С.А. Чванкін

Чванкін С.А.

Члени комісії:

Суддя

Ю.О. Федулєєва

Федулєєва Ю.О.

Суддя

В.М. Іванчук

Іванчук В.М.