

РОЗДІЛ 3

НЕОБХІДНА ОБОРОНА ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ОСОБИ ВІД ЗЛОЧИННИХ ПОСЯГАНЬ

*Б. М. Орловський,
доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права,
кримінального процесу та криміналістики
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова*

Вступ

Інститут необхідної оборони займає важливе місце у системі правових гарантій держави щодо боротьби громадян із злочинністю, які пов'язані із законодавчим визначенням на кримінально-правовому рівні правомірного механізму захисту конституційних права та свобод людини і громадянина. Інститут необхідної оборони можна зустріти у кримінальних кодексах країн усіх правових систем сучасності, а його законодавче описання у кожній країні має свої певні характерні особливості або критерії. Такого роду особливості та критерії дозволяють індивідуалізувати певні структурні елементи інституту необхідної оборони та об'єднати зміст цих структурних елементів у однотипні групи за схожими характерними ознаками.

Незважаючи на різноманітний інструмент правових категорій, що використовуються законодавцем кожної конкретної країни, при нормативному закріпленні інституту необхідної оборони наявною є можливість визначати однотипні критерії для його порівняльно-правового аналізу, наприклад, такі як назва, правова природа, об'єктивна сторона, умови правомірності, допустимі межі застосування сили тощо. У зв'язку з викладеним, проведення компаративістського аналі-

зу перелічених категорій інституту необхідної оборони має важливе значення, адже дозволяє порівняти норми національного кримінального законодавства із зарубіжним, що є досить актуальним питанням у можливостях виокремити певні напрямки покращення зазначеного кримінально-правового інституту. Також це дозволяє вивчити правову географію використання типових конструкцій необхідної оборони у межах законодавства представників однотипної правової системи: континентальної, англо-американської, змішаної тощо. Адже кожна правова система має свої напрямки розгалуження, що передбачає виділення більш конкретних правових груп із схожими особливостями, наприклад, романську, германську, скандинавську, східноєвропейську групу країн у межах загальної континентальної правової системи.

Тому проведення дослідження національного кримінального законодавства про необхідну оборону разом із порівняльно-правовим аналізом положень цього правового інституту у ракурсі вивчення прогресивного досвіду зарубіжних країн є важливим кроком щодо розробки ефективних правових конструкцій, які забезпечать покращення законодавчого механізму захисту особи від злочинних посягань. Зазначене дослідження і буде проводитися у нижчевикладених параграфах колективної монографії.

3.1. Захист чи оборона: конституційно-правове та кримінально-правове закріплення

Право особи на необхідну оборону від злочинних посягань за своїм нормативним закріпленням в українському кримінальному законодавстві охоплює два рівні: конституційний та кримінально-правовий. Український вчений К. О. Гориславський, аналізуючи основні конституційні гарантії права особи на захист зазначав, що у розвиненому суспільстві кожна особа повинна мати максимум можливостей для реалізації особистого захисту порушених прав [3, с. 4].

Варто звернути увагу, що в Конституції України як основному законі нашої держави нормативне закріплення отримав саме термін «захист», а не «оборона». Так, ст. 27 Конституції України зазначає, що «кожен (тобто кожна людина) має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань

(мається на увазі в тому числі й від кримінальних правопорушень)» (ч. 2) й «обов'язок держави (Україна) – захищати життя людини (використовується термін саме «захищати», а не «обороняти»)» (ч. 1) [6, с. 13].

Більш конкретна за змістом норма Конституції України, що описана у ч. 4 ст. 55 прямо конкретизує: «кожен (тобто кожна людина) має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» [6, с. 24]. В даному випадку знову ж таки нам зустрічається термін «захист», а не «оборона», із чого можна зробити висновок, що саме термін «захист» є системоутворюючим для формулювання конституційно-правових норм, спрямованих на недопущення протиправних посягань й порушень (в тому числі й кримінальних).

У науковій сфері існує навіть визначення поняття конституційного права особи (людини) на захист (самозахист) життя та здоров'я від протиправних посягань – це надана та гарантована українською державою міра можливої поведінки, що може проявлятися як в інтелектуальній, так і безпосередньо у фізичній діяльності особи й здійснюється з метою відстоювання природних прав і свобод людини, передбачених як внутрішньодержавними, так і міжнародними нормативно-правовими актами, а також базується на засадах права та інших соціальних норм поведінки, що не суперечать загальнолюдським правилам проживання [4, с. 6]. Отже перелічені нами норми Конституції України слугують важливою гарантією захисту невід'ємних прав та свобод людини, таких як право на життя (ст. 27), право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29), право на недоторканність житла (ст. 30) тощо.

Загалом можна стверджувати, що за своєю сутністю процес захисту особою свого життя та здоров'я, прав і свобод, власності від протиправних посягань полягає в тому, що держава, визнаючи виключну цінність таких благ, відповідно до Конституції України, законодавства та норм міжнародного права, надає кожному можливість застосувати до правопорушника будь-які не заборонені заходи задля захисту цих благ. При цьому потрібно зважати на ту обставину, що саме положення кримінального права, як зазначає Є. Л. Стрельцов, є тим офіційним робочим механізмом, який запускає усю державну систему кримінальної (каральної) юстиції, ініціює діяльність відповідних

державних органів, що підкреслює необхідність особливої й підвищеної уваги до кримінального права [21, с. 9]. Саме кримінальне право виступає як «ultima ratio» («останній засіб») серед інших видів та форм юридичної відповідальності як найбільш гостра й крайня міра реагування держави на скоєні кримінальні правопорушення [26, с. 21]. Тому конституційні норми про «захист» особою своїх прав і свобод (ст. 27, ч. 4 ст. 55 Конституції України) реалізуються на кримінально-правовому рівні у більш конкретних правових інститутах, яким в даному випадку виступає «необхідна оборона», що закріплена у ст. 36 діючого Кримінального кодексу України (далі – КК України) і стала похідною правовою конструкцією по відношенню до конституційного поняття «захист».

З теоретичної точки зору поняття «необхідна оборона» як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння у ч. 1 ст. 36 КК України законодавцем викладається наступним чином:

«...дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається або іншої особи (використовується саме термін «особа», а не термін «людина»), а також суспільних інтересів та інтересів держави (перелік об'єктів захисту) від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання...» [10, с. 19].

Розпочинаючи аналіз даних кримінально-правових норм автор може відзначити, що за їх внутрішнім змістом формулюється певна система об'єктів, які підлягають захисту в рамках необхідної оборони, а саме: 1) охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається; 2) охоронювані законом права та інтереси іншої (третьої) особи; 3) суспільні інтереси; 4) інтереси держави.

При цьому варто і звернути увагу на те, що якщо в назві статті використовується термін «оборона» (необхідна оборона), то за змістом ч. 1 цієї статті використовується термін «захист» (особи, яка захищається). Вказане показує нам на розбіжності у використанні термінів для формулювання назви такого кримінально-правового інституту та потребує окремої наукової оцінки, а також вивчення зарубіжного досвіду.

Отже, для комплексності та всебічності розгляду такого питання, варто звернути увагу на існуючі назви зазначеного кримінально-пра-

вового інституту у кримінальному законодавстві закордонних країн, визначити, наскільки часто в їх законодавстві використовується термін «необхідна оборона» та чи є синоніми у такого поняття.

При аналізі норм кримінального законодавства країн континентальної правової системи автором було встановлено, що крім терміну «необхідна оборона» (КК ФРН, КК Швейцарської Конфедерації, КК Королівства Нідерланди), у континентальних країнах використовуються й певні інші терміни, такі як: «правомірний захист» (наприклад, КК Італійської Республіки, КК Французької Республіки), «захист власної особистості чи прав або особистості чи прав іншої особи» (наприклад, кримінальне законодавство Королівства Іспанії, Турецької Республіки), «самооборона» (наприклад, КК Королівства Данії, КК Королівства Швеції) тощо.

При аналізі норм кримінального законодавства країн англо-американської правової системи було встановлено, що такий кримінально-правовий інститут має центральну назву «захист» (кримінальне законодавство Великобританії, Примірний КК США, КК штату Нью-Йорк, КК штату Техас, КК Канади). При цьому «захист» поділяється на певні різновиди, кожен з яких також має своє нормативне описання:

- a) самозахист;
- b) захист іншої (третьої) особи;
- c) захист власного рухомого та нерухомого майна (зокрема й права володіння);
- d) захист рухомого та нерухомого майна третьої особи.

При цьому потрібно вказати, що категорія «захист» (кримінально-правовий), яка використовується у якості назви для «необхідної оборони» в країнах англо-американської правової системи відрізняється за своїм змістовним розумінням від аналогічних назв-конструкцій – «кримінально-правовий захист» й «кримінально-правова охорона», які використовуються у вітчизняній правовій науці. Зокрема «кримінально-правова охорона» включає в себе сукупність кримінально-правових норм і методів кримінально-правової політики у певній широкій сфері застосування [8, с. 216; 11, с. 109; 12, с. 40]. «Кримінально-правовий захист» обумовлює занесення під охорону кримінально-правових норм тієї чи іншої групи суспільних відносин та визначення в КК України певної кількості кримінальних правопорушень, які забезпечать кваліфікацію злочинних дій, що порушують вказану групу суспільних відносин.

В той же час в англо-американському законодавстві поняття «захист» використовується для визначення (тлумачення) окремого кримінально-правового інституту, що пов'язаний із можливістю самостійного захисту особою своїх прав і свобод від злочинних посягань. Такий кримінально-правовий інститут в КК України називається «необхідна оборона», однак в Конституції України все ж таки зберігає назву «захист» замість «оборона».

Тому у нас є належні підстави для того, щоб послідовно спробувати проаналізувати та розглянути структуру самого словосполучення «необхідна оборона», як з позицій юридичної (правової) техніки, так і з точки зору філологічних особливостей. Це, на своєму кінцевому етапі, надасть нам можливість встановити або ж змодельувати найбільш оптимальну юридичну конструкцію для назви досліджуваного кримінально-правового інституту, який на теперішній час визначається як «необхідна оборона».

Отже нами було встановлено за порівняльно-правовим аналізом, що окрім назви «необхідна оборона» існують й такі варіанти як – «захист», «правомірна оборона», «правомірний захист», «самозахист», «самооборона».

На першому кроці ми спробуємо визначитися із ключовим співвідношенням таких базових понять як «захист» й «оборона», а також «самозахист» й «самооборона». Поняття «оборона» й «захист» за своїм філологічним сенсом є синонімами, хоча у своїй змістовній структурі вони мають певні відмінності. Зокрема термін «оборона» у більшості випадків за змістовним значенням характеризує широкомасштабні колективні дії (наприклад, оборона міста, оборона у шахах), а також вона охоплює й сукупність допоміжних засобів, що її забезпечують (наприклад, систему загороджень, фортифікаційних споруд тощо). З огляду на свій широкомасштабний колективний зміст «оборона» визначається пасивністю, тобто передбачає сукупність пасивних загальних дій щодо певного об'єкта, на який спрямована загроза, й ці дії зазвичай зводяться до відбиття від об'єкту атак, наскоків, ударів чи інших загроз. Пасивні оборонні дії пов'язані із певними блоками, перегородженням атаки тощо. В тому випадку, коли після оборони здійснюється перехід до протилежних обороні активних атакуючих дій – виникає контратака.

Захист за своїм філологічним змістом розглядається в більшій мірі як засіб індивідуальних (а не колективних) дій, який пов'язаний

із активним відгородженням від зовнішніх загроз, нападів та іншого небажаного впливу. Захист, на відміну від оборони, передбачає крім пасивних ще й активні дії щодо відгородження загрози від об'єкта. Такі дії, окрім різних блоків та перегородок, що існують при обороні, надають ще й можливість нанесення зустрічного удару, удару на випередження нападу тощо.

Варто зазначити, що у юридичній науці законодавець обрав в основному законі – Конституції України саме термін «захист» стосовно таких об'єктів як життя і здоров'я, права і свободи, власність (ст.ст. 27, 55), оскільки «захист» за своєю змістовною конструкцією охоплює саме індивідуальні дії конкретної особи та передбачає, крім пасивних, можливість ще й активних дій цієї особи. Наприклад, норми цивільного права визначають звернення до суду позовною заявою або здійснення притримання речі як один із активних способів «захисту» цивільних прав, що порушуються або вже порушені [19, с. 113].

Знову ж таки норми про необхідну оборону (в ч. 1 ст. 36 КК України) описують дії, вчинені з метою «захисту» (а не оборони) охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка знову ж таки «захищається» (а не обороняється). Ч. 3 ст. 36 КК України у якості одного із критеріїв правомірності необхідної оборони визначає «обстановку захисту» (а не обстановку оборони). Ч. 5 ст. 36 КК України у якості одного із спеціальних випадків необхідної оборони виокремлює – «захист від нападу озброєної особи» (а не оборона від нападу озброєної особи).

Тобто термін «захист» з точки зору юридичної стилістики та правової техніки превалює над терміном «оборона» у нормах ст. 36 КК України, також він превалює над терміном «оборона» й у нормах ст.ст. 27, 55 Конституції України. Тобто слово «оборона» має сенс лише при формулюванні назви ст. 36 КК України, в подальшому законодавець замість «оборони» використовує термін «захист». У зв'язку з цим ми приходимо до висновку, що більш доречно використовувати термін «захист» у розрізі особливостей юридичної стилістики та правової техніки, а також за змістовним значенням такого слова у розрізі охоплення спеціальних об'єктів, таких як життя і здоров'я, права і свободи, власність. Зазначені об'єкти в більшій мірі доречно саме захищати, ніж обороняти.

Також потрібно звернути увагу на інші поняття «самооборона» і «самозахист», які за своїм філологічним змістом очевидно мають більш

вузьке значення, ніж розглянуті вище поняття «оборона» або «захист». Зрозуміло, що поняття «самозахист» та «самооборона» передбачають власний захист або оборону, тобто захист/оборону свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності та у своєму змістовному розумінні при трактуванні не охоплюють можливості захисту чи оборони інших осіб, їх прав і свобод, власності або ж взагалі такого об'єкту як суспільні інтереси.

Підсумовуючи викладені аргументи ми можемо сформувати цілком логічний висновок, що з точки зору юридичної стилістики та правової техніки, а також за філологічним змістом термін «захист» можна визначати як найбільш оптимальний для характеристики досліджуваного кримінального інституту й, на основі проведеного дослідження, можливо змодельовати його оптимальну назву – «необхідний захист», а не «необхідна оборона».

Серед групи розглянутих нами синонімічних термінів («захист», «оборона», «самооборона», «самозахист») саме термін «захист»:

а) найбільш підходить для характеристики індивідуальних (а не колективних) дій особи [19, с. 113-114];

б) за своїм змістовним наповненням дозволяє використовувати особі не лише пасивні, але й активні дії щодо відведення загрози від певного об'єкта (шляхом зокрема нанесення зустрічного удару, удару на випередження нападу тощо);

в) забезпечує, на відміну від термінів «самозахист» й «самооборона», можливість особі здійснювати активні і пасивні дії не лише по відношенню до власного життя і здоров'я, прав і свобод, а й по відношенню до життя і здоров'я, прав і свобод інших осіб, а також щодо суспільних інтересів;

г) послідовно використовується законодавцем у нормах ст. 36 КК України, нормах ст. 27, 55 Конституції України та превалює над терміном «оборона» у нормативному змісті перелічених статей.

Наостанок потрібно звернути увагу на найбільш досконалий за значенням прикметник, який доцільно було б використати у зв'язці із терміном «захист». Для цього нам потрібно порівняти між собою існуючий у ст. 36 КК України прикметник «необхідний», та виявлений при аналізі норм закордонного кримінального законодавства прикметник «правомірний».

Ми можемо побачити, що кожен з цих прикметників характеризує поняття «захист» з тієї чи іншої сторони, що надає нам можли-

вість розглянути за змістом співвідношення між собою словосполучень «необхідний захист» і «правомірний захист» та обрати найбільш оптимальне.

Отже з точки зору свого змістовного тлумачення «правомірний захист» – це захист, заснований на відповідності правовим нормам та який звертає нашу увагу в першу чергу на вивчення питання про те, чи є право захисту у особи, що піддалася злочинному посяганню. З точки зору теоретичного наповнення «захист» за загальним правилом визнається правомірним, якщо при його здійсненні не було допущено перевищення установлених правом (кримінальним законом) меж й про це нам прямо зазначає ч. 3 ст. 36 КК України.

Словосполучення «необхідний захист» орієнтує нас в першу чергу на той факт, що захист та його початок має бути обов'язково викликаний певною необхідністю (тобто особа вимушена вчиняти захисні дії) і цією необхідністю зазвичай виступає злочинне (суспільно небезпечне) посягання, яке відбувається по відношенню до особи або поряд із нею. В даному випадку «необхідний захист» визначає необхідність досягнення у процесі захисту певної мети, яка зокрема описується у ч. 1 ст. 36 КК України.

Отже ми сформулювали оцінку змісту відповідних словосполучень і на нашу думку, враховуючи існуючу законодавчу конструкцію ч. 1 ст. 36 КК України, де визначена в першу чергу саме мета захисту, а також існує безпосередня вказівка на те, що заподіяна при захисті шкода має бути «необхідною і достатньою...», системоутворюючим для самого поняття «захист» раціонально визначати саме прикметник «необхідний». За таких обставин буде узгоджуватися назва ст. 36 КК України із дефініцією (визначенням) захисту, що викладається у ч. 1 розглядуваної статті. При цьому в теорії вітчизняної кримінально-правової науки прикметник «правомірний» за філологічним змістом в більшій мірі використовується при характеристиці поняття перевищення меж необхідної оборони (захисту) в ч. 3 ст. 36 КК України, а саме при описанні умов правомірності захисту та встановлення допустимих для захисту меж [19, с. 114]. Отже остаточно приходимо до висновку про можливість моделювання конструкції «Необхідний захист» у назві ст. 36 КК України, що виглядає обґрунтованим та змістовним на підставі перелічених аргументів.

3.2. Структурні елементи необхідної оборони (захисту): питання законодавчого визначення

При вивченні механізму реалізації необхідної оборони (захисту) у практично-правовій сфері особливу увагу слід приділяти її структурним елементам.

В першу чергу варто звернути увагу на систему об'єктів (благ, цінностей, прав), які особа може захищати від злочинного посягання. З теоретичної точки зору можна стверджувати, що система об'єктів захисту має охоплювати набір найбільш важливих цінностей, охоронюваних кримінально-правовим законом, які розташовуються у послідовному чи хронологічному порядку в залежності від своєї важливості та пріоритетності. Саме законодавець має планувати їх розташування у завчасно обумовленій черговості.

Загалом до описання такої системи об'єктів захисту мають висуватися певні вимоги:

1) по-перше така система має бути доступною для розуміння та тлумачення будь-якій людині, яка звертається до вивчення норм Кримінального кодексу України;

2) по-друге вказана система має враховувати послідовність викладення об'єктів, починаючи із тих, що найбільше ціняться та охороняються законом й закінчуючи тими, що мають менш важливе значення;

3) по-третє ця система обов'язково має враховувати конституційно-правові засади визнання особи (людини), її життя та здоров'я найвищою соціальною цінністю в Україні (ст. 3 Конституції України) [6, с. 2] та їх першочергову охорону державою.

З точки зору аналізу кримінального законодавства країн англо-американської та романо-германської правової системи потрібно звернути увагу на наступну послідовність об'єктів захисту при необхідній обороні:

- «особа, яка захищається, її життя та здоров'я, права та свободи» – такі об'єкти мають найперше посилення у кримінально-правових нормах про «захист» (необхідну оборону) в усіх країнах англо-американської правової системи (Великобританії, США, Австралії, Канади та ін.), а також в багатьох країнах романо-германської правової системи (наприклад, ФРН, Швейцарської Конфедерації, Французької Республіки). У криміналь-

них кодексах закордонних країн використовується як широке (з описанням усіх варіантів), так і звужене описання перелічених об'єктів (наприклад, «захист себе»), однак звужене описання також у своєму трактуванні охоплює захист свого життя і здоров'я, прав і свобод;

- «третя (інша) особа, її життя і здоров'я, права і свободи» – такі об'єкти послідовно йдуть за захистом власних прав і свобод та можуть мати різні інтерпретації у формулюванні, наприклад, «захист кого-небудь іншого» (ФРН), «захист третьої особи» (США), «захист особистості і прав інших людей» (Королівство Іспанія) тощо. Відповідно, зміст таких захисних дій у нормативному трактуванні включає в себе захист життя і здоров'я, прав і свобод третьої особи [16, с. 123];
- «власність» (що інколи додатково розшифровується у словах «майно», «житло», «приміщення») – цей об'єкт захисту найбільш повно описується у кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи (США, Великобританії, Канади), а з прикладів романо-германських країн має місце у кримінальному законодавстві Французької Республіки [16, с. 123]. Причому в кримінальному законодавстві США «захист власності» є фактично окремим різновидом необхідної оборони («захисту»), якому присвячені спеціальні глави або параграфи (зокрема параграфи 35.20, 35.25 КК штату Нью-Йорк, підглава «D» («Захист майна») КК штату Техас тощо). Основним об'єктом «захисту права власності» у кримінально-правових нормах виступає «житло або інше приміщення особи». Відповідно до цього, «захист» (необхідна оборона) поділяється в кримінальних кодексах штатів на наступні розділи: 1) самозахист (наприклад, параграф 9.31 КК штату Техас); 2) захист третьої особи (наприклад, параграф 9.33 КК штату Техас); 3) захист власного майна (наприклад, параграф 9.41 КК штату Техас); 4) захист майна третіх осіб (наприклад, параграф 9.43 КК штату Техас) [30].

Якщо, для порівняння, розглянути аналогічну систему об'єктів захисту в межах необхідної оборони за КК України, то структурна побудова цих об'єктів захисту у ст. 36 КК України містить такі чотири групи:

- 1) охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається;

- 2) охоронювані законом права та інтереси іншої (третьої) особи;
- 3) суспільні інтереси (очевидно громадські інтереси);
- 4) інтереси держави (України).

Така побудова системи об'єктів захисту при необхідній обороні історично виникла за рахунок початкового формування кримінального законодавства України у межах східноєвропейської групи країн (є однією із груп країн у межах континентальної правової системи поряд із романською, германською, скандинавською групами). Східноєвропейська група країн (наприклад, Республіки Білорусь, РФ), яка в період свого історичного розвитку зазнавала певного впливу радянської правової системи, доповнює структуру об'єктів захисту у необхідній обороні такою категорією як «державні та суспільні інтереси», що мало місце в 1919-1960 роках. Відповідно, сама система об'єктів захисту при необхідній обороні у кримінальних кодексах цих країн включає категорію «інтереси суспільства або держави», наприклад: «особистість і права того, хто обороняється або інших осіб, охоронювані законом інтереси суспільства чи держави» (КК РФ), «життя, здоров'я, права того, хто обороняється або іншої особи, інтереси суспільства або держави» (КК Республіки Білорусь).

У зв'язку з викладеним необхідно звернути увагу на категорію «суспільних та державних інтересів», яка зустрічається в ч. 1 ст. 36 КК України та зрозуміти, наскільки доцільною і потрібною така категорія є на теперішній час. Враховуючи зміни до Конституції України, пов'язані із переформуванням держави у демократичну та соціальну, інтереси особи, її життя та здоров'я закріплюються в Україні як найвища соціальна цінність і саме держава повинна захищати таку цінність, а не навпаки. На нашу думку, захист зокрема «державних інтересів» в теперішній час покладено на розгалужену систему правоохоронних органів (поліція, прокуратура, СБУ, ДБР, БЕБ тощо) і ставити питання про те, що приватні особи за рахунок необхідної оборони захищають державні інтереси є нераціональним, оскільки такого на практиці фактично не існує. В той же час посадові особи правоохоронних органів захищають державні інтереси, однак здійснюють це за рахунок реалізації своїх службових владних повноважень, застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, що не охоплюється конструкцією норм про необхідну оборону для приватних осіб.

З урахуванням цього є підстави для залишення у якості об'єкта захисту при необхідній обороні «суспільних інтересів», що охоплюють можливість захисту від хуліганських дій при грубому порушенні громадського порядку та виключення «державних інтересів» за історичною завершеністю необхідності їх закріплення. При цьому варто звернути увагу на історію виникнення категорії «державні інтереси» в українському кримінальному законодавстві, що відбулося в межах радянського періоду (в Основах 1924 року, де така категорія початково формулювалася як захист «радянської влади і революційного порядку») і у подальшому перестала мати сенс у зв'язку із завершенням очищення суспільства.

Слушно щодо питання реалізації у законодавстві сучасних конструкцій зауважує Є. Л. Стрельцов, який звертає нашу увагу на те, що будь-яке «нове» кримінальне законодавство має у своїй меті забезпечення охорони наявними кримінально-правовими засобами саме «нових» праводіносин, які за період останніх сорока років, з часу прийняття нині діючого Кримінального кодексу, зазнали серйозних змін, насамперед це стосується періоду, що виник після прийняття Конституції України 1996 року [25, с. 8].

Тому, на нашу думку, є всі підстави для виключення категорії «інтереси держави» із диспозиції ч. 1 ст. 36 КК України й залишити лише «суспільні інтереси» як об'єкт захисту при необхідній обороні у цих кримінально-правових нормах.

Також, у рамках здійснюваного дослідження системи об'єктів захисту при необхідній обороні, важливо звернути увагу на іншу грізду категорію – «охоронювані законом права та інтереси особи, що захищається або іншої особи». За своїм змістом такий об'єкт захисту виглядає досить узагальненим, а при детальному аналізі – й розпливчатим формулюванням, що не дає нам можливість визначити конкретні об'єкти, які могли би підлягати кримінально-правовій охороні. Як вже неодноразово зазначалося, процес перетворення України в демократичну і соціальну державу вимагає наявності чіткого і зрозумілого кримінального законодавства, що дає можливість його правильно сприймати та логічно трактувати. Є. Л. Стрельцов, досліджуючи норми діючого Кримінального кодексу України логічно зазначає, що вони (норми), умовно кажучи, повинні бути простими й зрозумілими для населення та юристів, включаючи як вчених так і практиків [25,

с. 8]. Перевагою також є пряма спрямованість таких норм на захист конкретних прав і свобод людини та громадянина.

Однак категорія «охоронювані законом права та інтереси особи, що захищається або іншої особи» не дає нам можливості чітко встановити, що конкретно можна захистити при відбитті злочинного посягання. «Інтереси» та «права», які охоронювані чи не охоронювані законом, не досить легко розшифрувати діючому юристу-практику, не кажучи вже про пересічного громадянина. Складно їх і виокремлювати у конкретні матеріальні категорії, наприклад, власне «життя», яке захищає громадянин – це очевидно захист «права на життя», що й потребує кваліфікованого трактування, а не побутового погляду.

У зв'язку з викладеним видається логічним той варіант, у якому при визначенні системи об'єктів захисту у межах необхідної оборони за ч. 1 ст. 36 КК України, варто відмовитись від загального розпливчатого формулювання «охоронювані законом права та інтереси особи» і використати набагато більш конкретні та зрозумілі категорії, які були розглянуті із прикладів зарубіжного кримінального законодавства, такі як: життя і здоров'я, права і свободи особи, що захищається; життя і здоров'я, права і свободи інших (третіх) осіб; власність (власна та інших осіб) [16, с. 123].

На нашу думку застосування таких розповсюджених й чітких за своїм змістом категорій («життя», «здоров'я», «власність») сприятиме доступності цих кримінально-правових норм для розуміння населенням та правильного правозастосування у відповідних ситуаціях захисту від злочинних посягань. При цьому воно сприятиме гармонізації кримінально-правових норм про необхідну оборону (захист) до існуючих конституційних, у яких також використовуються прості за змістом терміни «життя і здоров'я», «права і свободи», наприклад:

- кожен має право захищати своє «життя і здоров'я», «життя і здоров'я інших людей» від протиправних посягань (ч. 2 ст. 27 Конституції України);
- кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої «права і свободи» від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55 Конституції України) [6, с. 24].

З точки зору наукових поглядів О. М. Боднарук слушно зауважує, що в Україні історично склалася ситуація, при якій дійсно використовувати право на необхідний оборону тривалий час можливо

було лише з метою захисту двох основних благ (цінностей): життя та здоров'я. Законодавцем взагалі не бралось до уваги суб'єктивне ставлення особи до своєї власності як іншого об'єкта кримінально-правової охорони. В результаті таких поглядів, у всіх інших випадках, окрім захисту життя й здоров'я, відсіч (протидія) тому, хто вчиняв суспільно небезпечне посягання, розцінювалася за правилами щодо перевищення меж необхідної оборони, оскільки на практиці вважалося, що не можна одночасно ставити на шальки терезів власність й, наприклад, здоров'я [2, с. 1]. Отже «життя», «здоров'я», «власність» на нашу думку є ключовими об'єктами захисту при необхідній обороні і, поряд із «суспільними інтересами», перелічені об'єкти мають знайти своє закріплення у диспозиції ч. 1 ст. 36 КК України.

Щодо такої тези може виникнути думка про те, що визначена нами система об'єктів захисту у необхідній обороні, а саме «життя і здоров'я, права і свободи, власність особи, яка захищається або іншої особи» є більш вужчою ніж існуюча на теперішній час в КК України – «охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається або іншої особи», оскільки начебто може не включати якісь певні інтереси, для захисту яких може бути застосована необхідна оборона у межах норм КК України. Розглянемо це питання більш докладніше, для чого проаналізуємо зміст поняття «охоронюваний законом інтерес». Так, Конституційний Суд України у своєму рішенні за № 18-РП/2004 від 01.12.2004р. формулює наступне визначення терміну «інтерес» – це «прагнення до користування певним конкретним матеріальним чи нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту й інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції й законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальним правовим засадам» [23]. Тобто термін «інтерес» як категорія є досить широким за своїм змістом й включає у себе такі різнопланові аспекти як наприклад, увагу, зацікавленість, користь, вигоду. У якості інтересів можуть виступати такі приклади: зацікавленість у здоровому образі життя; зацікавленість у високому заробітку тощо.

Якщо ми візьмемо певний охоронюваний законом «інтерес» й почнемо його вивчати, то ми зможемо побачити, що він має інтерпрета-

цію у конкретних правах чи свободах (наприклад, інтерес зберегти майно – має інтерпретацію у «право власності», інтерес використовувати житло лише для власних потреб – має інтерпретацію у «право на недоторканість житла», інтерес захистити себе від гвалтівника – має інтерпретацію у «право на статеву недоторканність» й т.д.). Отже за своїм змістом більшість інтересів мають інтерпретацію у конкретні «права і свободи», які ми визначили у ст. 36 КК України в якості одного із об'єктів захисту.

Далі є частина «інтересів», які не є настільки значними, щоб злочинне посягання на них мало відповідний ступінь суспільної небезпеки і стало кримінально караним. Однак, для захисту таких «незначних» за важливістю інтересів, які однак теж охороняються законом, існують норми про необхідну оборону у адміністративному праві, які визначені в ст. 19 Кодексу України про адміністративні правопорушення. У зв'язку з тим, що посягання на ці «незначні» інтереси не має належного ступеню суспільної небезпеки, діяння особи, що посягає стає адміністративним правопорушенням (а не кримінальним) й це визначає можливість застосування більш простого різновиду необхідної оборони, передбаченого нормами ст. 19 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Такі адміністративно-правові норми про необхідну оборону призначені для захисту від адміністративних проступків, які, крім «ступеня небезпечності», на думку І. М. Копотуна, відрізняються від злочинів за наступними ознаками: ступенем завданої шкоди (а саме тяжкості наслідків), формою вини й видом стягнення за скоєне правопорушення [9, с. 253-254].

Враховуючи перелічені нами міркування щодо назви необхідної оборони (захисту) та системи об'єктів, що підлягають кримінально-правовій охороні, ми пропонуємо удосконалити певним чином законодавчу характеристику поняття «необхідна оборона» (можлива оптимальна назва для неї на нашу думку – «необхідний захист»). Вважаємо, що можливо викласти досліджувані у ч. 1 ст. 36 КК України норми наступним чином: «Необхідним захистом 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 даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання».

В продовження аналізу структурних елементів необхідної оборони (захисту) потрібно зупинитися на наступних її складових:

- суб'єкта, що її реалізує (здійснює) – визначити те коло осіб, які можуть застосовувати необхідну оборону;
- об'єктивну сторону – сформулювати зовнішню форму правомірної захисної поведінки особи, що може містити описання певних особливостей такої захисної поведінки;
- правова підстава – описати ті варіанти неправомірної поведінки, що тягнуть за собою застосування необхідної оборони (захисту) для їх нейтралізації;
- мета – визначити той кінцевий результат захисних дій на досягнення якого спрямована необхідна оборона;
- допустимі межі – вказати на певні рамки, у яких можна вчиняти захисні дії та на максимально дозволені законом результати таких захисних дій.

Суб'єктом, що здійснює необхідну оборону (захист) є приватна фізична особа будь-якого віку, для якої така оборона виступає реалізацією її суб'єктивного конституційного права на захист. Аналізуючи зміст кримінально-правових норм у ч. 1 ст. 36 КК України можна побачити, що для такої особи кримінальний кодекс визначає наступну загальну назву – «особа, яка захищається», і ця назва (найменування), на нашу думку, є досить вдалою та має аналогічний зміст у кримінальних кодексах багатьох закордонних країн. Якщо проаналізувати можливі інші назви щодо суб'єкта необхідної оборони (захисту) у кримінальних кодексах закордонних країн або їх інтерпретації відносно конкретних випадків захисту, то можемо побачити крім терміну «особа, що захищається» ще й наступні назви:

- «діяч» у країнах англо-американської правової системи (Примірний КК США, КК штату Техас, КК штату Нью-Йорк) [18, с. 76-77];
- «особа, яка володіє житлом чи приміщенням» (КК штату Нью-Йорк);
- «особа, яка володіє землею або матеріальним, рухомим майном» (КК штату Техас);
- «громадянин» (КК Білорусь);
- «господар будинку» (КК Республіки Аргентина);

- «особа, яка вчиняє правопорушення (злочин)» (КК Королівства Нідерланди) [27, с. 174] тощо.

Тобто можна стверджувати, що в певних випадках захисту відбувається конкретизація терміну «особа, яка захищається» відповідно до того, який об'єкт захищає така особа. Вказані аспекти ми спостерігаємо в першу чергу у законодавстві країн англо-американської правової системи, де найбільш повно та ґрунтовно викладається механізм кримінально-правового захисту власності. Для українського кримінального законодавства розглянутий досвід є досить важливим, оскільки в певних випадках реалізації необхідної оборони більш раціонально здійснювати посилання на конкретизованого суб'єкта захисту, наприклад, «особа, що володіє житлом чи приміщенням», «власник майна» і т.д. В таких випадках доцільно використовувати саме більш вузькі за змістом назви для суб'єкта необхідної оборони (захисту).

З точки зору суб'єктного складу коло осіб, що можуть виступати суб'єктами необхідної оборони (захисту) є достатньо широким. У їх якості можуть виступати самі потерпілі, які зазнали суспільно небезпечного посягання, а також будь-які інші сторонні особи, що стали очевидцями такого посягання й прийшли на допомогу потерпілим. Той факт, що необхідна оборона (захист) можлива по відношенню до життя і здоров'я, прав та свобод, власності третіх (інших) осіб формулюється в нормах КК України й в аналогічних нормах КК інших закордонних країн (наприклад, КК Французької Республіки, КК Швейцарської Конфедерації, КК ФРН). Також варто звернути увагу, що у представників англо-американської правової системи норми про захист третіх (інших) осіб виділяються окремо від інших норм про необхідну оборону у структурі їх кримінальних кодексів (наприклад, § 9.33 «Захист третьої особи» КК штату Техас, ст. 3.05 «Застосування насильства для захисту інших осіб» Примірного КК США) [22, с. 67; 30]. Отже нами було розглянуто та визначено коло осіб, що реалізують необхідну оборону у різних її випадках.

Тепер перейдемо до розгляду об'єктивної сторони необхідної оборони (захисту), якою згідно ч. 1 ст. 36 КК України виступають «... дії, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання» [10, с. 19]. Тобто об'єктивна сторона реалізується у формі «дій», які мають спрямованість «на заподіяння шкоди».

Якщо проаналізувати форми об'єктивної сторони необхідної оборони (захисту) у кримінальному законодавстві закордонних країн, то можна побачити, що вони характеризуються:

- у країнах континентальної правової системи – як «дії» («діяння»), які: «викликані необхідністю або вчинені за необхідністю» (наприклад, КК Італійської Республіки, КК Французької Республіки); «вчинені вимушено» (наприклад, КК Турецької Республіки); «вчинені з метою відвернення нападу» (наприклад, КК Республіки Молдова) тощо [17, с. 196]. За своїми наслідками такі «дії» («діяння») особи також спрямовуються на заподіяння шкоди тому, хто посягає (нападає).
- у країнах англо-американської правової системи – як «застосування сили» («застосування фізичної сили») (наприклад, англійське кримінальне законодавство, КК штату Техас, КК Канади, Примірний КК США). Вказане «застосування сили» повинно бути «розумним», тобто обов'язково містити посилання на критерій розумності застосованої сили, наприклад: «розумно вважає» (КК штату Нью-Йорк), «в розумних межах» (англійське кримінальне законодавство), «розумні підстави вважати» (КК Канади), «розумна відповідь» (КК Австралії) тощо [18, с. 79].

З урахуванням викладеного можна констатувати, що у КК України об'єктивна сторона необхідної оборони описується стисло як «дії, спрямовані на заподіяння шкоди», а вже питання «розумності», «доцільності» та «правомірності» таких дій розглядається у площині «дотримання меж необхідної оборони». Будь-яких прикметників щодо описання критеріїв захисних дій кримінально-правові норми у ст. 36 КК України не містять.

В теоретичній же площині об'єктивна сторона необхідної оборони (захисту) розкривається в межах трьох взаємопов'язаних елементів:

1) захисних дій особи, які підпадають під ознаки злочинного діяння, передбаченого КК України як певне кримінальне правопорушення, зазвичай це нанесення легких, середньої тяжкості, тяжких тілесних ушкоджень тому, хто посягає (ст.ст. 121, 122, 125 КК України); вбивства того, хто посягає (ст. 115 КК України), знищення або пошкодження його майна (ст. 194 КК України) тощо). Такі результати виникають внаслідок застосування «особою, що захищається» фізичної сили (на-

приклад, удари, больові прийоми), використання зброї та спеціальних засобів, в тому числі автоматичного способу дії тощо;

2) шкода (в основному фізична) в певних межах, заподіяна тому, хто посягає, за результатами якої виникають тілесні ушкодження або смерть того, хто посягає, пошкодження його майна;

3) причинно-наслідковий зв'язок між захисними діями «особи, що захищається» та заподіянням шкоди «тому, хто посягає». Тобто в даному випадку причина – це захисні дії, а їх наслідок – це заподіяння ними шкоди.

Переходячи до правової підстави застосування необхідного захисту (оборони) можна побачити, що з точки зору кримінально-правових норм у ст. 36 КК України нею виступає «суспільно небезпечного посягання», яке було вчинено по відношенню до особи, що захищається [10, с. 19]. Відповідно, посягання (діяння), яке не має ознак суспільної небезпечності, та не є кримінальним правопорушенням за КК України, не може викликати право на застосування необхідної оборони. У теоретичному ракурсі, для розмежування між собою кримінальних правопорушень та адміністративних проступків І. М. Копотун використовує ряд важливих критеріїв, як основних (зокрема матеріальний – суспільна безпека; суб'єктивна сторона, суб'єкт вчинення), так і допоміжних (а саме критерій покарання, процесуальний критерій тощо) [7, с. 30-31; 9, с. 255]. У кримінально-правових нормах про необхідну оборону (захист) законодавець прямо не називає «суспільно небезпечне посягання» як «кримінальне правопорушення», тому що захист є правомірним не лише від діяння, яке кваліфікується як «кримінальне правопорушення», а й від суспільно небезпечного посягання неосудної особи чи особи, що не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Такі суспільно небезпечні посягання, у зв'язку з відсутністю належного суб'єкта вчинення, не можуть кваліфікуватися як «кримінальні правопорушення».

Загалом можна стверджувати, що категорія «суспільно небезпечне посягання» є достатньо вдалою для кримінально-правового формулювання назви протиправної поведінки особи, яка посягає. Якщо ми проаналізуємо норми кримінального законодавства закордонних країн, то можемо побачити, що правовою підставою необхідної оборони (захисту) у них виступає:

а) «застосування протиправної (незаконної) сили» – таку назву має правова підстава у кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи. У якості прикладів можна побачити наступні: «застосування або спроби застосування незаконної сили» (КК Канади, КК штату Техас), «застосування чи нависла загроза застосування протиправної фізичної сили» (КК штату Нью-Йорк), «неправомірне насильство» (Примірний КК США) [18, с. 80];

б) «протиправний (незаконний) напад або посягання» – таку назву має правова підстава в кримінальному законодавстві країн континентальної правової системи, окрім східноєвропейської групи країн. Наприклад, «протиправне посягання» (КК Італійської Республіки, КК Турецької Республіки), «необґрунтоване посягання» (КК Французької Республіки), «незаконне посягання» (КК Республіки Польщі), «незаконний напад» (КК Королівства Нідерланди), «протиправний напад» (КК ФРН, КК Республіки Болгарія, КК Королівства Іспанії, КК Республіки Аргентина) [17, с. 197]. Безпосередньо у представників східноєвропейської групи країн в межах континентальної правової системи використовується термін «суспільно небезпечне посягання», який є вдалим з теоретичної точки зору, оскільки узгоджується із іншими правовими категоріями, що закріплені в діючому КК України.

В подальшому аналізі звернемо увагу на мету необхідної оборони (захисту), яка закріплена в КК України та в КК закордонних країн. В українському кримінальному законодавстві мета необхідної оборони безпосередньо визначена у ч. 1 ст. 36 КК України і полягає у захисті розглянутих нами об'єктів необхідної оборони, що на теперішній час закріплені у кодексі – «охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави» [10, с. 19]. Порівнюючи ці положення із відповідними нормами закордонного кримінального законодавства, де визначена мета захисту, ми можемо помітити певні відмінності у її описанні. В деяких закордонних країнах відбувається співставлення мети захисту до процесу здійснення протидії самому злочинному посягання, наприклад, мета формулюється наступним чином: «захист від здійснення необґрунтованого посягання та його відбиття» (КК Французької Республіки), «попередження чи припинення протиправного вступу в межі нерухомості (нерухомого майна)», «охорони приміщення й будь-якої нерухомості від протиправного вступу», «запобігання роз-

краданню майна або спричинення йому (майну) кримінально караній шкоди», «запобігання вчиненню неминучого (такого, що відбудеться) берглері, підпалу, грабежу у нічний час» тощо (КК штату Нью-Йорк, КК Австралії, КК Канади тощо).

В інших же випадках, як і в кримінальному законодавстві України, мета необхідної оборони також полягає у захисті її основних об'єктів, наприклад, у континентальних країнах це – «захист себе чи кого-небудь іншого» (КК ФРН), «захист себе чи іншої особи, особистої недоторканності чи власності або недоторканності й власності іншої особи» (КК Королівства Нідерландів), «захист власного права або права іншої особи» (КК Італійської Республіки), «захист власної особистості/прав, а також захист особистості/прав іншої особи» (КК Королівства Іспанія). У кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи це – «самозахист, захист третьої (іншої) особи, а також власності (рухомого й нерухомого майна) від неправомірного насильства» (Примірний КК США, КК штату Нью-Йорк тощо). Отже ми бачимо, що мета необхідної оборони (захисту) формулюється у двох напрямках та має важливе значення для визначення спрямованості захисту на ті основні об'єкти, проти яких направлено злочинне посягання.

Допустимі межі як структурний елемент необхідної оборони (захисту) показують нам ті можливі рамки, у яких захист буде вважатися правомірним та не переросте у злочин. З точки зору законодавчої характеристики їх можна визначити за ч. 3 ст. 36 КК України де критеріями їх оцінки є «тяжкість шкоди» (смерть або тяжкі тілесні ушкодження), що не відповідали «небезпечності посягання» та «обставинці захисту». В той же час у багатьох зарубіжних країнах питання «дотримання меж» необхідної оборони більше прив'язується до критерію правомірності самих захисних дій особи, а не правомірності розміру заподіяної шкоди. Наприклад, існують такі законодавчі формулювання як: «спосіб захисту, не співрозмірний із небезпекою посягання» (КК Республіки Польща); «явна невідповідність між використовуваними засобами захисту і тяжкістю посягання» (КК Французької Республіки) [29, с. 81]; «застосування нераціональних засобів... для запобігання або відбиття нападу» (КК Королівства Іспанії); «нерозумний вибір засобів захисту, що використовувалися для запобігання або відбиття нападу» (КК Республіки Аргентина) тощо. Кожне із таких формулювань

має свої особливості. В рамках же англо-американської правової системи щодо дотримання меж захисту використовуються такі категорії як «виправдане застосування сили», «застосування сили у розумних межах», «особа розумно вважає...» тощо. Тобто наявне пряме посилення на критерій «розумності» у дотриманні меж.

Таким чином ми розкрили сукупність структурних елементів необхідної оборони (захисту), провели їх законодавчу оцінку та здійснили порівняльно-правовий аналіз щодо наявності подібних конструкцій в законодавстві різних закордонних країн. За результатами такого аналізу ми сформулювали видозміни у певних структурних елементах необхідної оборони (захисту) або ж впевнилися у досконалості існуючих.

3.3. Захист власності при необхідній обороні та застосування технічних (автоматичних) пристроїв

У розглянутій нами системі об'єктів захисту при необхідній обороні окрему та значну увагу потрібно звернути на «право власності». При аналізі норм кримінального законодавства закордонних країн можна побачити, що кримінальне законодавство країн англо-американської правової системи (Великобританії, США, Канади тощо) й певних країн континентальної правової системи (наприклад, Французької Республіки), приділяє значну за обсягом увагу до механізму захисту власності при необхідній обороні.

Так, у КК Французької Республіки існують окремі норми (а саме ст. 122-5, 122-6), які регламентують механізм правомірного захисту власності при необхідній обороні.

Наприклад, по-перше вони встановлюють загальне правило захисту права власності, за яким вказується наступне: «не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка здійснила дії (очевидно – правомірні) щодо захисту власності, за виключенням умисного вбивства (очевидно – того, хто посягає), та при відповідності використаних засобів захисту тяжкості злочинного діяння [24, с. 130].

Також, по-друге, виокремлюються спеціальні випадки правомірного захисту права власності від злочинних посягань, а саме:

1) з метою здійснити відбиття проникнення уночі до житла, що проходить шляхом насильства, злому чи обману;

2) з метою здійснити захист себе від осіб (очевидно – злочинців), які вчиняють крадіжку або грабіж, поєднаний із насильством [29, с. 81].

Варто звернути увагу що подібних спеціальних норм, пов'язаних із захистом права власності в діючій редакції КК України не зустрічається.

Ще більш системно та деталізовано питання захисту власності у межах необхідної оборони регламентується у кримінальному законодавстві країн англо-американської правової системи. Так, захисту права власності присвячені окремі статті та параграфи у кримінальних кодексах цих країн, наприклад: ст. 3.06 Примірного КК США; параграфи 9.41-9.44 КК штату Техас; параграфи 35.20, 35.25 КК штату Нью-Йорк; ст. 35 КК Канади та ін.

В першу чергу, загальна стаття 3.06 Примірного КК США, що розповсюджує свою дію на всю територію федерації, вказує наступне:

«застосування насильства є правомірним, якщо особа («діяч») припускає те, що воно дійсно необхідно:

а) для попередження чи припинення протиправного вступу в межі нерухомості (нерухомого майна) або іншого порушення володіння нею (нерухомістю) чи порушення володіння рухомим матеріальним майном;

б) для встановлення або відновлення права володіння нерухомістю (рухомим майном) чи для повернення із чужого права володіння рухомого матеріального майна за умови, що насильство застосовується безпосередньо чи незабаром після такого позбавлення права володіння».

Застосування смертоносного насильства (те, що може спричинити смерть чи тяжкі ушкодження здоров'ю) для захисту майна може здійснюватись особою («діячем») у випадках, коли:

а) особа, проти якої застосовується таке смертоносне насильство, намагається без жодних правових підстав позбавити власника («діяча») володіння його житлом;

б) особа, проти якої застосовується смертоносне насильство, сама здійснює замах на вчинення чи на доведення до кінця берглері, підпалу, розбою чи іншого тяжкого злочину (за американським законодавством – «фелонії»), що пов'язаний із викраденням або знищенням майна [22, с. 68].

Аналізуючи вказані норми можна побачити детальне описання американським законодавцем:

по-перше підстав, при яких може бути застосовано насильство для захисту особою своєї власності у межах необхідної оборони, які включають в себе порушення права «володіння» майном;

по-друге підстав застосування смертоносного насильства для захисту власності у межах необхідної оборони, що може спричинити смерть або тяжкі тілесні ушкодження тому, хто посягає на власність. Такі підстави в першу чергу включають в себе майнові злочини, які здійснюються по відношенню до «житла» особи або безпосередньо пов'язані із проникненням у «житло» особи.

При цьому захист права власності за Примірним КК США охоплює як захист нерухомого, так і захист рухомого майна. Механізм правомірності застосованого насильства, в тому числі й смертоносного, у конкретних випадках захисту визначається відповідною судовою прецедентною практикою.

Продовжуючи аналіз американського кримінального законодавства можемо побачити, що схожі за змістом положення відносно захисту власності при необхідній обороні містяться й у структурі кримінальних кодексів відповідних американських штатів. Наприклад, за нормами КК штату Нью-Йорк все майно, щодо якого здійснюється захист, також поділяється на дві категорії – нерухоме та рухоме й щодо кожної з цих категорій кодексом визначається різний порядок і способи можливого захисту.

У § 35.25 КК штату Нью-Йорк передбачається захист рухомого майна при необхідній обороні. Згідно положень цього параграфу: «для захисту рухомого майна особа може застосовувати фізичну силу до іншої особи, за виключенням смертельної фізичної сили, тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає (критерій), що це необхідно для запобігання або припинення вчинення іншою особою крадіжки або заподіяння чи спроби заподіяння іншою особою кримінально караній шкоди майну» [13, с. 63]. У даному параграфі описуються умови застосування звичайної фізичної сили для захисту власності, випадки її застосування охоплюють запобігання або припинення вчинення різних злочинів проти майна, в першу чергу це «крадіжки» (що мають більш широкий зміст та класифікацію за американським кримінальним законодавством), а також злочинні діяння, пов'язані із «умисним знищенням або пошкодженням майна». Також у вказаних нормах використовується критерій «розумно вва-

жає», що очевидно передбачає необхідність оцінки злочинних дій з точки зору спричинення шкоди майну або вибуття майна із володіння власника. Сама по собі застосована до злочинця сила називається «фізичною силою», тобто передбачає застосування відповідних фізичних зусиль до особи, спрямованих на заподіяння побоїв або різної тяжкості тілесних ушкоджень.

Далі у § 35.20 КК штату Нью-Йорк вже описується застосування фізичної сили для захисту нерухомого майна, а саме «приміщення» і «будь-якої нерухомості». У цьому параграфі зазначається: «особа, яка володіє приміщенням чи будь-якою нерухомістю або здійснює контроль за нею (очевидно це стосується й охоронця приміщення чи нерухомості), а також особа, що має відповідний дозвіл (тобто привілеگیю) знаходиться всередині неї (приміщення чи нерухомості) може застосувати фізичну силу до іншої особи, крім смертельної:

а) для припинення кримінально караного порушення володіння приміщенням або будь-якою нерухомістю;

б) для припинення замаху на вчинення злочину, пов'язаного із заподіянням шкоди приміщенню або будь-якій нерухомості».

В даних нормах зазначається про право захисту нерухомого майна від ряду злочинів, пов'язаних із порушенням права власності на таке майно (наприклад, «самовільне захоплення приміщення», «самовільне виселення особи із приміщення»), а також пов'язаних із заподіянням шкоди майну (наприклад, «умисне знищення або пошкодження нерухомого майна»). Такий захист може здійснюватися із боку власника нерухомого майна, володільця нерухомого майна або навіть з боку особи, що охороняє це нерухоме майно. У перелічених випадках наявне право на застосування звичайної фізичної сили для захисту нерухомого майна.

Застосування смертельної фізичної сили для захисту нерухомого майна також можливо за КК штату Нью-Йорк, але воно має відбуватися лише у встановлених кодексом випадках, до яких § 35.20 відносить: «захист приміщення чи будь-якої нерухомості від берглері або підпаду» [13, с. 65]. Тобто злочини, що пов'язані із повним знищенням нерухомості як об'єкта права власності або пов'язані із вчиненням всередині нерухомості як «житла» у нічний час розбоїв та грабежів дають можливість застосовувати «смертельну фізичну силу», що охоплює заподіяння смерті злочинцю чи тяжких тілесних ушкоджень. Саме

такі категорії злочинів є найбільш небезпечними проти власності з точки зору американського законодавця.

Переходячи до розгляду норм про захист власності при необхідній обороні в КК штату Техас ми можемо побачити ще більш об'ємний механізм його законодавчого закріплення. Так, КК штату Техас містить спеціальний розділ «D», який складається із чотирьох параграфів (§§ 9.41-9.44), що регулюють:

- 1) захист особою власного (свого) майна;
- 2) застосування особою смертельної (смертоносною) сили для захисту власного (свого) майна;
- 3) захист майна третіх (інших) осіб;
- 4) застосування технічних пристроїв для захисту майна [30].

Загальні умови застосування сили при захисті майна передбачаються у § 9.41 КК штату Техас. За цим параграфом будь-яка «...особа виправдовується у застосуванні сили проти іншого (мається на увазі проти іншої особи), якщо розумно вважає, що ця сила негайно необхідна:

а) для запобігання чи припинення посягання на свою землю (мається на увазі на свою земельну ділянку) або відносно незаконного втручання у свою власність;

б) для повернення своєї землі чи відновлення у володінні своїм рухомим, матеріальним майном, якого незаконно була позбавлена ця особа, якщо вона (ця особа) застосовує силу негайно чи одразу після позбавлення права (володіння, власності) й розумно передбачає відсутність законних прав (претензій) з боку іншої особи (осіб) на таке майно (землю) або факт заволодіння іншою особою (особами) цим майном шляхом використання погрози, сили чи обману».

За змістом цього параграфу ми можемо побачити описання загального механізму захисту власності, в тому числі і землі (земельної ділянки), при якому особа має право застосовувати силу для запобігання чи припинення посягання, а після захоплення своєї власності – для відновлення власного права володіння та розпорядження нею. Сила, що застосовується особою має бути «негайно необхідною» для досягнення перелічених завдань і особа має «розумно передбачати» таку негайну необхідність у застосуванні сили, тобто самостійно оцінити чи дійсно правомірно буде застосовуватися сила. Критерії такої оцінки з точки зору прецедентної практики формулюються за рахунок розумін-

ня того, що може здійснити особа із середніми здібностями та середнім рівнем інтелектуального розвитку у подібній ситуації, після чого відбувається порівняння із захисними діями особи, що були вчинені у реальності. Отже можна констатувати, що загальний механізм захисту власності знайшов своє послідовне описання в КК штату Техас.

Далі, у § 9.42 розглядається питання застосування смертельної сили для захисту власності, що визнається виправданою при дотриманні усіх вимог, встановлених розглянутим § 9.41, а також тоді, коли особа розумно вважає, що така смертельна сила негайно необхідна:

- а) для запобігання вчиненню іншою особою (злочинцем) неминучого берглері, підпалу, розбою, грабежу чи крадіжки «у нічний час»;
- б) для запобігання втечі іншої особи (злочинця) з майном відразу після вчинення берглері, підпалу, розбою, грабежу чи крадіжки «у нічний час» [30].

У перелічених випадках особа повинна також «розумно передбачати», що майно, проти якого відбувається злочинне посягання, не може бути захищено чи повернуто будь-яким іншим способом (окрім смертельного насильства) і застосування будь-якого іншого розміру сили (меншого ніж смертельний) для захисту чи повернення майна піддасть особу, яка захищається чи кого-небудь іншого (іншу сторонню особу, що не є злочинцем) істотному ризику смерті або отримання тяжких тілесних ушкоджень [30].

Отже, застосування смертельної сили для захисту власності також допускається КК штату Техас, й можна відмітити, що окрім розглянутих загальних вимог, основною підставою для її правомірного застосування є вчинення тяжкого майнового злочину саме «у нічний час». Такий тяжкий майновий злочин може зачіпати не лише право власності і полягати у знищенні або пошкодженні майна (наприклад, підпал при відсутності людей у приміщенні), а й бути спрямованим окрім права власності також й на життя та здоров'я людей (наприклад, берглері, розбій, пов'язані із відібранням майна та застосуванням фізичного насильства, а також зброї). В таких випадках виникає описаний ризик отримання «смерті або тяжких тілесних ушкоджень», що може відбутися із особою, яка захищається або іншою сторонньою особою, яка перебуває поряд (членом сім'ї, родичем, знайомим) у зв'язку з чим і виникає право на смертельне насильство як адекватної відповіді на явній загрозі.

Варто звернути й увагу на те, що американське кримінальне законодавство досить серйозно ставиться до тяжкості майнових злочинів, які вчинені «у нічний час», тобто час відпочинку, сну та спокою громадян. Всі злочини («фелонії»), які вчиняються у такий час доби, мають підвищений ступінь небезпеки і досить часто передбачають можливість застосування смертельного насильства задля припинення їх скоєння.

Продовжуючи аналіз § 9.43 «Захист майна третіх осіб» КК штату Техас можна побачити порядок застосування сили, а також смертельної сили, пов'язаної із захистом власності (земельної ділянки, рухомого, матеріального майна тощо), що належить третім особам. Загалом цей порядок практично повністю відповідає розглянутим вимогам та умовам правомірності, що були встановлені у § 9.41 та § 9.42 [30].

При цьому наявні деякі спеціальні умови, пов'язані із тим, що третя (інша) особа повинна сама попросити особу, яка застосовуватиме силу («діяча») про захист свого майна або ж «діяч» має власний юридичний обов'язок на захист цього майна (наприклад, як приватний охоронець) чи має відповідні родинні зв'язки із третьою особою (власником майна) як подружжя, батько чи дитина третьої особи. Тобто законодавець зазначає, що право на захист майна третіх осіб, в тому числі із застосуванням смертельної сили, в першу чергу має стосуватися близьких родичів цих третіх осіб або ж приватних охоронців, що мають юридичні (договірні) обов'язки по захисту майна.

Відповідно § 9.44 КК штату Техас описує механізм застосування технічних пристроїв для захисту власності, що буде розглянуто нами нижче.

Отже, можна побачити, що в США як на загальному федеративному так і на локальному місцевому рівні кримінально-правові норми надають можливість фізичним особам у широкому аспекті застосовувати необхідну оборону для захисту права власності, в тому числі й третіх (інших) осіб, що належним чином деталізує межі застосування необхідної оборони. Кримінальні кодекси передбачають можливості застосування як звичайної, так і навіть смертельної фізичної сили в окремих випадках захисту права власності, що залежить від різновиду посягання (наприклад, берглері, підпал) та часу його скоєння (наприклад, у нічний час доби). Широкий спектр законодавчих норм, які регулюють необхідну оборону права власності, дозволяє виділяти

та розмежовувати на практиці основні випадки захисту власності, а визначення конкретних умов та складів злочинів, при яких можливе застосування смертельної сили є важливим для недопущення зловживанням права на захист.

Якщо звернутися до кримінального законодавства іншого представника англо-американської правової системи – Канади, то ми можемо побачити, що у структурі КК Канади також існує ст. 35 «Захист власності», яка містить відповідні норми. За змістом цієї статті особи дозволяється застосовувати силу для захисту права власності у наступних перелічених випадках:

1) запобігання іншій особі проходу у власність (чи у межі власності) або для видалення цієї особи із меж власності;

2) запобігання іншій особі у вчиненні знищення чи пошкодження майна або спробі зробити таке майно непридатним для використання, або при відбиранні майна від цієї іншої особи, яка не є власником чи володільцем майна [28].

В даних нормах можемо побачити схожі до американського законодавства конструкції щодо захисту права власності, пов'язані із запобіганням виведення, знищення або пошкодження власності (рухомого та нерухомого майна). В той же час відсутня конкретизація різних способів захисту власності й можливості застосування смертельної сили при цьому.

Отже ми розглянули приклади кримінально-правових норм, що характеризують захист власності при необхідній обороні у законодавстві закордонних країн. У зв'язку з викладеним та відсутністю норм про захист власності при необхідній обороні в українському кримінальному законодавстві ми вважаємо, що доцільно було б використати певний зарубіжний досвід у цьому напрямку. Варіантами врахування найкращих зарубіжних нормативних конструкцій стало би визначення загального механізму захисту права власності у нормах про необхідну оборону в ст. 36 Кримінального кодексу України. Також можлива конкретизація окремих практичних положень такого механізму захисту права власності в узагальненнях судової практики для формування єдиної правозастосовної позиції у реалізації норм про необхідну оборону.

Якщо звернути увагу на аналіз змісту ст. 36 КК України, то можемо побачити, що у цій статті відсутні посилання на захист «влас-

ності», є посилання лише про можливість захисту «житла особи» у частині 5, де зазначається про право на «відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення» [10, с. 19]. У такому випадку необхідної оборони в зв'язку із великою суспільною небезпекою злочинного посягання наявне право на застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для відбиття посягання та відсутні обмеження щодо тяжкості шкоди, яку може бути заподіяно тому, хто посягає. Звичайно, на практичному рівні відбувається перевірка кожного індивідуального випадку захисту, але з теоретичної точки зору насильницьке вторгнення до житла дозволяє особі застосовувати будь-які засоби захисту для його зупинення. Отже, відсутні посилання на захист власності при необхідній обороні як на рівні норм КК України так і на рівні положень старої Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» [20, с. 31-34].

З урахуванням запропонованих нами раніше конструкцій «необхідного захисту» замість «необхідної оборони» та визначення в якості об'єктів такого захисту «життя і здоров'я, прав і свобод, власності особи» в ч. 1 ст. 36 КК України, ми вважаємо за доцільне також описати загальний механізм захисту власності у окремії ч. 4 ст. 36 КК України із наступним змістом: «Необхідним захистом права власності визнаються дії особи, вчинені з метою захисту власного рухомого чи нерухомого майна, або майна іншої особи від суспільно небезпечного посягання, а також дії, пов'язані із поверненням такого майна до моменту завершення посягання, при їх відповідності суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту».

У даному нормативному описанні ми: конкретизуємо об'єкти захисту права власності, а саме рухоме та нерухоме майно; конкретизуємо способи захисту права власності у вигляді «дій», що пов'язані із захистом майна, а також із поверненням майна, що протиправно вибуло із права власності; визначаємо умови правомірності дій, щодо захисту права власності, якими є «їх відповідність суспільній небезпечності посягання» та «їх відповідність обстановці захисту».

Також є можливість конкретизувати у положеннях узагальненої судової практики й інші важливі деталі механізму захисту права власності при необхідній обороні, зокрема це часові рамки захисту, мо-

мент його початку та закінчення, оцінку критеріїв ступеня суспільної небезпечності посягання тощо.

Загалом, на нашу думку, конкретизовані положення, що розкривають механізм захисту права власності при необхідній обороні доцільно спробувати сформулювати наступним чином: «Потрібно розуміти, що особа може здійснювати необхідний захист свого права власності при відповідності її захисних дій суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту. Суспільна небезпечність посягання, крім загальних критеріїв щодо вчинення злочину певного ступеня тяжкості, повинна також визначатися за: видом власності, на який спрямовується посягання (нерухоме чи рухоме майно); способом вчинення посягання, який може бути загальнонебезпечним (вибух, підпал, використання холодної чи вогнепальної зброї); часом доби, в який відбувається посягання; кількістю осіб, що здійснюють посягання. При цьому необхідною обороною можуть бути не лише дії, пов'язані із захистом майна від суспільно небезпечного посягання, а й дії, пов'язані з його поверненням, якщо таке майно перейшло до того, хто посягає в результаті або в процесі здійснення посягання. При визначенні стану необхідної оборони у випадку повернення майна, суди повинні враховувати, що захисні дії особи, пов'язані із таким поверненням, мають бути вчинені негайно після вибуття майна з її володіння або через короткий проміжок часу після цього, який має виключати остаточне та беззаперечне завершення посягання» [14, с. 224].

Звичайно узагальнення судової практики постійно змінюються, але певні основні формулювання зберігають своє значення й у подальших напрацюваннях, про що може свідчити ряд Постанов Пленуму Верховного Суду України, в тому числі й Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» [20, с. 31-32], до якої вчені та практики звертаються і на теперішній час. Тому визначення основних формулювань має як теоретичне, так і практичне значення для подальшого розвитку такого кримінально-правового інституту як необхідний захист (оборона). Запропоновані нами нормативні положення можуть мати прогресивно-стимулюючий вплив на розвиток судової практики захисту права власності та забезпечити належне нормативно-правове врегулювання значної кількості випадків такого захисту. Наукові пошуки у цьому напрямку відбуваються, наприклад, можна звернути увагу на праці

О. М. Боднарука («Необхідна оборона при посяганні на власність» [2, с. 6-10], «Захист власності як різновид права на необхідну оборону за кримінальним законодавством США» [1, с. 106-112]), однак конкретних пропозицій щодо врегулювання механізму захисту права власності при необхідній обороні в нормах КК України від вчених не надходило.

Тому визначивши пропозиції щодо врегулювання захисту права власності ми можемо перейти до схожого суміжного питання щодо можливості використання під час необхідної оборони (захисту) механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, яка посягає. Питання щодо законодавчого визнання такого способу захисту у межах необхідної оборони є вельми актуальним та викликає значні дискусії серед науковців, оскільки:

1) одні з науковців вважають, що зазначені дії виходять за межі необхідної оборони у зв'язку із відсутністю таких ознак як «наявність посягання» та «своєчасність захисту». Так, під час встановлення автоматичних пристроїв відсутнє будь-яке злочинне посягання на особу, яка встановлює автоматичний пристрій, тому її дії, на думку цих науковців, є завчасними і порушують таку важливу теоретичну ознаку необхідної оборони як «своєчасність захисту», яка означає що захист має за часом повністю співпадати із вчиненням посягання, тобто не може бути до початку настання або після завершення посягання;

2) інша група науковців зазначає, що такі дії є різновидом необхідної оборони і в процесі їх вчинення виникає два етапи. Перший етап, що пов'язаний із встановленням автоматичного пристрою є готуванням (підготовкою) до необхідної оборони, під час якого особа, відчуваючи реальну загрозу злочинного посягання щодо себе або свого майна, готується до його відвернення шляхом установки та активації автоматичного пристрою. Другий етап виникає в момент скоєння посягання, проти якого безпосередньо спрацьовує цей автоматичний пристрій, завдаючи шкоду особі, що посягає. Науковці цієї групи зазначають, що 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», на яку до сьогодняшнього часу орієнтується практика, «стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподія-

ня шкоди» [20, с. 31]. А вже на момент спрацьовування автоматичного пристрою необхідна оборона буде такою, що відбулася.

На нашу думку повністю обґрунтованою є позиція другої групи науковців, яка враховує можливість готування до необхідної оборони у випадку існування «реальної загрози заподіяння шкоди». Вказані автоматичні пристрої є фактично знаряддям захисту від посягання і їх попереднє встановлення є правомірним, як є і правомірним з точки зору законодавства право на (попереднє) носіння із собою спеціальних засобів захисту (газових балончиків, електрошокерів тощо). Адже особа, яка носить із собою спеціальний засіб захисту не може точно знати коли відбудеться посягання, тому вказаний спеціальний засіб захисту перебуває із нею тривалий час як до початку посягання, так і після його завершення, що не виключає правомірності захисту із застосуванням спеціального засобу (газового балончику, електрошокера). На нашу думку, те ж саме має стосуватися автоматичних пристроїв, які встановлені завчасно, однак спрацьовують саме в момент вчинення злочинного посягання із єдиним виключенням у тому аспекті, що за своїм місцем встановлення такі пристрої не повинні бути загальнодоступними, щоб випадково не спричинити шкоду стороннім особам, які не причетні до посягання.

В науці дослідженню цього питання приділялася певна увага серед науковців (наприклад, В. Беккера, О. М. Боднарука, В. Л. Володарського, В. П. Діденка, В. І. Осадчого), однак на рівні українського кримінального законодавства жодних конкретних пропозицій щодо законодавчої реалізації такого способу необхідної оборони не надходило. Також науковці не пропонували конкретних кримінально-правових норм, які б характеризували застосування автоматичних пристроїв. Наприклад, О. М. Боднарук звертав увагу науковців на позитивність запозичення українським законодавцем певних положень із кримінального законодавства США відносно застосування технічних засобів [1, с. 112], однак при цьому не уточнював яких саме й не визначав можливий зміст таких положень із врахуванням особливостей національного законодавства. У своїх наукових дослідженнях науковець зазначав, що у практичній сфері при застосуванні «технічних засобів» виникає проблема можливого порушення такої умови правомірності необхідної оборони як «своєчасність», хоча напряду кримінальним законом не заборонено використання вказаних «технічних засобів»,

тобто виникає неузгодженість. На його думку спробувати вирішити таке питання у практичній сфері можливо шляхом розміщення певних попереджувальних знаків перед «технічним засобом», які би виключали можливість потрапляння сторонніх осіб під дію такого «технічного засобу» [2, с. 13], однак у кримінально-правовому аспекті не є зрозумілим, яким чином це можливо врегулювати у нормах діючого КК України.

Очевидно, що нам необхідно звернутися до досвіду врегулювання захисту права власності шляхом застосування автоматичних пристроїв у законодавстві закордонних країн, для більш детального аналізу цього питання. Флагманом такого закордонного досвіду є кримінальне законодавство США, де найбільш повно описано законодавчі умови застосування автоматичних пристроїв на рівні кримінальних кодексів штатів та Примірного КК США.

Так, Примірний КК США у ч. 5 ст. 3.06 із назвою «Застосування насильства для захисту майна» закріплює наступні умови щодо можливості застосування «технічного пристосування» («пристрою»):

1) таке «технічне пристосування» («пристрій») не має бути призначене для заподіяння смерті або тяжкого тілесного ушкодження здоров'ю і завідомо не створює «серйозного ризику» такого заподіяння;

2) застосування вказаного «технічного пристосування» («пристрою») для захисту майна (від випадків вступу в його межі чи порушення права володіння) має бути «розумним» при існуючих обставинах (очевидно – обставинах злочинного посягання та обставинах захисту від нього);

3) таке «технічне пристосування» («пристрій») є «пристосуванням» («пристроєм»), яке (який) зазвичай застосовується для цієї мети (тобто саме для такого випадку захисту), або ж (власником) були прийняті «розумні запобіжні заходи» для того, щоб поставити можливих (ймовірних) порушників до відома про факт застосування «пристрою» [13, с. 67; 22, с. 68].

У вказаних нормах ми можемо побачити описання механізму застосування «технічного пристрою» або ж «технічного пристосування», що очевидно має автоматичний спосіб дії і спрацьовує у випадку, якщо була спроба пройти у межі нерухомості (тобто протиправно проникнути до будинку, квартири, перелізти через паркан огорожі

тощо). Зазначений спосіб захисту, тобто обраний особою «технічний пристрій» («пристосування») має виключати можливість заподіяння смерті й тяжкої шкоди здоров'ю, тобто за своїм способом дії і ступенем спричинення шкоди заподіювати легкі або ж середньої тяжкості тілесні ушкодження. «Розумність» заподіяної шкоди визначається як за напрямком порушення права володіння (наприклад, проходження на чужу земельну ділянку, викрадення авто чи проникнення до будинку), так і за періодом доби (день чи ніч), в який відбувається порушення права власності. Американське кримінальне законодавство при реалізації політики «захисту» завжди вбачає підвищену суспільну небезпеку у злочинних посяганнях, що вчиняються «у нічний час» доби, які, за об'єктами свого спрямування, крім права власності, охоплюють також життя і здоров'я власника (наприклад, берглері). Крім перелічених умов також треба звернути увагу, що «технічний пристрій» («пристосування») має бути загальнозживаним для подібних ситуацій захисту власності, тобто зазвичай використовуватись для захисту подібних об'єктів власності (наприклад, колюча проволочка чи загострені шипи на паркані для захисту від проникнення на земельну ділянку, а не оголений провід, підключений до електричного струму тощо). Також мають бути прийняті «розумні запобіжні заходи» для недопущення потрапляння сторонніх осіб у межі дії «технічного пристрою» (при встановленні на ручку вхідної двері низьковольтного не смертельного заряду як мінімум має висіти попередження про те, що ця ручка «знаходиться під напругою» тощо).

Розглядаючи кодекси штатів, можна для прикладу звернути увагу на законодавчі положення КК штату Техас, де існує § 9.44 «Застосування пристрою для захисту майна». У цьому параграфі викладаються такі дві базові умови «виправданого» використання «технічного пристрою»:

1) сам «пристрій» не повинен бути призначений для заподіяння смерті чи тяжкого ушкодження здоров'ю і відомий особі («діячу») як такий, що не створює «істотний ризик» настання вказаних наслідків;

2) використання «пристрою» буде «розумним» (тобто правомірним й підтриманим державою), якщо дійсно відбулись (настали) всі ті обставини, які передбачала («розумно вважала») особа («діяч»), коли встановлювала цей «пристрій» [30].

Вказаний параграф більш стисло описує основи використання автоматичного «пристрою», однак у розумінні пункту 2 передбачається, що під час встановлення пристрою особа («діяч») повинна була обміркувати весь спектр умов його правомірності (що відбудеться посягання; що «пристрій» заподіє шкоду саме злочинцю, а не сторонній особі; що пристрій заподіє шкоду, яка буде відповідати ступеню небезпечності злочинного посягання тощо), тобто особа має сама «розумно передбачити» всі умови правомірності дії «пристрою». Можливість заподіяння смерті чи тяжкого ушкодження здоров'ю злочинцю виключається за змістом цього параграфу.

Іншим прикладом можуть слугувати норми КК штату Пенсільванія, де в § 507 із назвою «Використання сили з метою захисту майна» дозволяється використовувати «технічні засоби» для захисту власності (майна). Однак використання цих технічних засобів також виправдовується лише при дотриманні певних умов (визначених у пункті «e»):

1) «технічний засіб» не повинен бути спрямований на заподіяння смерті або тяжкого ушкодження здоров'ю;

2) використання окремих «технічних засобів» для захисту від проникнення у власність має бути «розумним» за обставин, які дійсно існують і є такими, якими їх вважав «виконавець» (ці технічні засоби очевидно пов'язані із небезпекою заподіяння серйозної шкоди здоров'ю);

3) «технічний засіб» є таким (такого роду), що звичайно використовується для відповідної мети захисту, або ж «виконавцем» (тобто особою, що захищається) вжиті необхідні запобіжні заходи [5, с. 122].

У зазначених нормах КК штату Пенсільванія також можемо побачити вже досліджені нами основи правомірності захисту права власності, які викладаються з використанням схожих нормативних термінів й конструкцій.

Отже, за результатами аналізу нормативного врегулювання процесу застосування технічних (автоматичних) пристроїв в США ми побачили наявність системи умов, необхідних для збереження правомірності їх застосування. На нашу думку необхідно використати такий законодавчий досвід у КК України та врегулювати питання використання автоматичних засобів та пристроїв при захисті власності у нормах про необхідну оборону (ст. 36). З теоретичної точки зору їх

встановлення буде «підготовкою до необхідної оборони (захисту)», а застосування має відповідати умовам правомірності необхідної оборони (захисту).

Загалом такі технічні пристрої, на нашу думку, доцільно називати «механічні засоби та пристрої, які автоматично спрацьовують на ураження особи» і варто розрізняти, при цьому, поняття «засіб» та «пристрій». «Засобом» може бути фізичний предмет чи група предметів, що мають властивості спричинити шкоду здоров'ю при попаданні на них (наприклад, загострені шипи, колюча проволочка, осколки скла). «Пристрій» є більш модифікованим за технічними властивостями знаряддям й представляє собою певне технічне обладнання (конструктивно завершену технічну систему), що за своїм функціональним призначенням при спрацюванні може спричинити шкоду здоров'ю людини (наприклад, капкан, електрошокери, під'єднання до мережі тощо) [15, с. 197].

Використання таких механічних засобів та пристроїв законодавчо доцільно описати як спосіб необхідної оборони (захисту) у ст. 36 КК України, що повинен використовуватися із деякими обмеженнями, виявленими нами при аналізі зарубіжного кримінального законодавства.

Нормативний зміст такого способу захисту можливо викласти у ч. 6 ст. 36 КК України наступним чином: «Особа не підлягає кримінальній відповідальності в рамках необхідного захисту при встановленні та застосуванні механічного засобу або пристрою, який автоматично спрацьовує або призводить до ураження того, хто посягає, якщо результат дії такого пристрою чи засобу забезпечує відповідність об'єкту захисту критерію суспільної небезпечності посягання і не призводить до заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень тому, хто посягає».

На нашу думку повинна існувати градація механічних пристроїв та засобів, в залежності від тяжкості заподіяної ними шкоди, на:

1) такі, що є небезпечними для життя та здоров'я особи, яка посягає (тобто можуть спричинити тяжкі тілесні ушкодження або смерть) і їх використання при захисті права власності неприпустимо;

2) такі, що не є небезпечними для життя та здоров'я особи, яка посягає (тобто можуть спричинити легкі чи середньої тяжкості тілесні ушкодження).

Також необхідно звернути увагу, що при встановленні механічних пристроїв та засобів особа повинна реально оцінювати ступінь суспільної небезпечності посягання, який залежить від цінності об'єкту посягання, наприклад, посягання на власність чи на життя особи, на знищення рухомого чи нерухомого майна тощо. Лише при захисті найбільш цінних об'єктів (життя та здоров'я) можливо застосовувати технічні засоби та пристрої, які є небезпечними для життя та здоров'я нападника (особи, що посягає), з виключенням можливості завдання шкоди третій (непричетній) особі.

У зв'язку з цим варто описати подібного роду практичні питання в узагальненнях судової практики, наприклад у наступному форматі: «Необхідний захист можливий і з використанням механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують чи призводять до ураження особи, яка посягає. Їх встановлення має здійснюватися із врахуванням відповідності об'єкту захисту критерію суспільної небезпеки посягання та виключати можливість завдання шкоди сторонній (третій) особі. Такі механічні засоби та пристрої не повинні бути небезпечними для життя того, хто посягає і мають виключати заподіяння йому смерті чи тяжких тілесних ушкоджень, крім посягань, пов'язаних із безпосередньою та явною загрозою життю особи, що встановила або активувала відповідний засіб (пристрій)» [15, с. 199]. Такі уточнення позитивно впливатимуть на судову практику у справах про застосування необхідної оборони (захисту).

Висновки

Отже, загалом підсумовуючи проведені дослідження необхідної оборони у законодавстві України та зарубіжних країн, ми можемо стверджувати, що позитивний зарубіжний досвід є важливим для українського кримінального законодавства з точки зору:

- по-перше уточнення характеристики поняття «необхідна оборона» як «необхідний захист» у діючій редакції ч. 1 ст. 36 КК України, що визначає «захист особою свого або інших осіб життя і здоров'я, прав і свобод, власності від суспільно небезпечного посягання» із «вчиненням (захисних) дій, які спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої

в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання». Таке нормативне описання необхідної оборони має посилання на конкретну систему об'єктів захисту (життя і здоров'я, права і свободи, власність);

- описання механізму захисту права власності, що може бути застосований при необхідній обороні та охоплювати «дії особи, вчинені з метою захисту власного рухомого чи нерухомого майна, або майна іншої особи від суспільно небезпечного посягання, а також дії, пов'язані із поверненням такого майна до моменту завершення посягання, при їх відповідності суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту»;
- описання особливостей застосування «механічного засобу або пристрою, які автоматично спрацьовують або призводять до ураження того, хто посягає» у нормах про необхідну оборону, що виключає кримінальну відповідальність, якщо результат дії такого пристрою чи засобу забезпечує відповідність об'єкта захисту суспільній небезпечності посягання і не призводить до заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень тому, хто посягає (тобто може спричинити легкі чи середньої тяжкості тілесні ушкодження)».

Таким чином перелічені пропозиції спрямовані на розвиток національного кримінального законодавства про необхідну оборону (захист) та забезпечують його гармонізацію при належному використанні прогресивного зарубіжного правового досвіду.

Література

1. Боднарук О. М. Захист власності як різновид права на необхідну оборону за кримінальним законодавством США. Юридична Україна. 2011. № 6. С. 106-112.

2. Боднарук О. М. Необхідна оборона при посяганні на власність: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ: Інститут держави і права імені В. М. Корецького, 2012. 21 с.

3. Гориславський К. О. Право людини на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: монографія / К. О. Гориславський, В. В. Конопльов. Сімферополь: Сімферопольська міська друкарня, 2007. 160 с.

4. Гориславський К. О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ: Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка, 2003. 206 с.

5. Гусар Л. В. Порівняльна характеристика кримінального права зарубіжних країн: необхідна оборона. Вісник Прокуратури. 2008. № 2. С. 119-125.

6. Конституція України : чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 25 жовтня 2021 року. К.: ПАЛИВОДА А. В., 2021. 72 с.

7. Копотун І. М., Жолтані М. І. Проблема відмежування адміністративних проступків у сфері громадського порядку від злочинів. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 3. С. 26-33.

8. Копотун І. М. Кримінально-правова охорона громадського порядку: загальна характеристика. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2011. № 6. С. 215-218.

9. Копотун І. М., Рудик М. М. Проблеми відмежування правопорушень від злочинів у сфері громадського порядку. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2014. № 4. С. 248-256.

10. Кримінальний кодекс України : зі змінами та доповненнями станом на 01.02.2022 року. К.: ПАЛИВОДА А. В., 2022. 264 с.

11. Кузнецов В. В. Кримінально-правова охорона: проблеми визначення поняття. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. № 30. Том 2. С. 107-110.

12. Матвійчук В. К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): монографія. Київ: Азимут-Україна, 2005. 464 с.

13. Миронов С. И. Необходимая оборона по уголовному праву Англии и США: особенности регулирования. Государство и право. 2002. № 6. С. 61-67.

14. Орловський Б. М. Захист власності при необхідній обороні: зарубіжний досвід та сучасне кримінальне законодавство. Держава і право: юридичні і політичні науки. 2014. № 65. С. 220-226.

15. Орловський Б. М. Кримінально-правовий захист фізичної особи: національна та зарубіжна регламентація: монографія. Одеса: Гельветика, 2018. 428 с.

16. Орловский Б. М. Объекты защиты при необходимой обороне в уголовном праве Украины. *Leges et Viata*. 2014. № 10/2 (274). С. 121-125.
17. Орловський Б. М. Порівняльно-правовий аналіз норм про необхідну оборону в кримінальному законодавстві континентальних країн. *Вісник Запорізького національного університету*. 2015. № 2 (II). С. 189-197.
18. Орловський Б. М. Порівняльно-правовий аналіз норм про необхідну оборону у кримінальному законодавстві англо-американських країн. *Вісник Академії адвокатури України*. 2015. № 2 (33). Том 12. С. 74-81.
19. Орловский Б. М. Структура названия «необходимая оборона» как обстоятельства, исключающего преступность деяния. *Leges et Viata*. 2014. № 9/2 (273). С. 111-114.
20. 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. Харків: Одиссей, 2006. 528 с.
21. Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані: монографія / За ред. проф. О. В. Козаченко, проф. Є. Л. Стрельцова. Миколаїв: Іліон, 2016. 768 с.
22. Примерный уголовный кодекс (США). Официальный проект Института американского права: Перевод с английского / Под ред. Никифоров Б. С. (предисл.); пер. Никифоров А. С. Москва: Прогресс, 1969. 303 с.
23. Рішення Конституційного Суду України у справі про охоронюваний законом інтерес від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004, справа № 1-10/2004. Офіційний вісник України. 2004. № 50. Стор. 67. Ст. 3288.
24. Смирнова Л. Н. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, по законодательству некоторых западно-европейских государств. *Вестник Томского государственного университета*. 2008. № 3. С. 130-133.
25. Стрельцов Є. Л., Кармазін Ю. А. Новий Кримінальний кодекс України: перший погляд. *Правова держава*. 2001. № 3. С. 7-18.
26. Стрельцов Є. Л. Проблемы уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харьков: Украинская академия внутренних дел, 1992. 35 с.

27. Уголовный кодекс Голландии: Научное редактирование д-ра юрид. наук, проф. Б. В. Волженкин, пер. с англ. И. В. Мироновой. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001. 510 с.

28. Уголовный кодекс Канады. URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>. (дата звернения: 11.02.2022).

29. Уголовный кодекс Франции / Науч. редактирование канд. юрид. наук, доц. Л. В. Головки, канд. юрид. наук, доц. Н. Е. Крыловой; Пер. с франц. и предисловие канд. юрид. наук, доц. Н. Е. Крыловой. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2002. 650 с.

30. Уголовный кодекс штата Техас: Принят Законодательным собранием штата Техас (63-я законодательная сессия). С изм. и доп. на 1 июля 2003 г. / Науч. ред. и предисл. И. Д. Козочкина; Пер. с англ. Д. Г. Осипова, И. Д. Козочкина. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2006. 576 с.