Є. Л. Стрельцов, Б. М. Орловський

ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ ПРИ ЗАХИСТІ ВІД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ПОСЯГАННЯ:

напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання

Є. Л. Стрельцов, Б. М. Орловський

ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ ПРИ ЗАХИСТІ ВІД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ПОСЯГАННЯ:

напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання

Монографія

Одеса
Фенікс
2014

УДК 343.22
ББК 67.9(4Укр)
С 844

Рекомендовано до друку
Південним регіональним науковим центром
Національної академії правових наук України,
протокол № 1 від 10 січня 2014 р.

Рецензенти:

А. С. Васильєв – доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, завідуючий кафедрою кримінального права, кримінального процесу і криміналістики Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

А. А. Музика – доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Державного науково-дослідного інституту МВС України

Стрельцов Є. Л.

С 844 Обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання: напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання : моногр. / Є. Л. Стрельцов, Б. М. Орловський ; за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. – Одеса : Фенікс, 2014. — 388 с.

ISBN 978-966-438-797-9

Монографія присвячена дослідженню напрямків удосконалення кримінально-правового регулювання обставин (правомірних вчинків), що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Обгрунтовуються пропозиції щодо подальшого удосконалення законодавства та правозастосовної діяльності. Монографія буде корисною для студентів, аспірантів, викладачів юридичних факультетів та вузів, науковців з науково-дослідних установ, адвокатів, суддів, працівників правоохоронних органів, усіх, кого цікавлять проблеми захисту прав та свобод людини та громадянина.

УДК 343.22
ББК 67.9(4Укр)

ISBN 978-966-438-797-9

© Є. Л. Стрельцов,
Б. М. Орловський, 2014
© ПП «Фенікс», оформлення, 2014

Зміст

ВСТУП 5

РОЗДІЛ 1. ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ТА СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОГО ВИЗНАЧЕННЯ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ ПРИ ЗАХИСТІ ВІД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ПОСЯГАННЯ 11

1.1. Історія розвитку та сучасний стан правового визначення обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання 11

1.2. Теоретичні напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання 66

РОЗДІЛ 2. НЕОБХІДНА ТА УЯВНА ОБОРОНА У СИСТЕМІ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ 107

2.1. Кримінально-правове регулювання необхідної оборони у сучасному кримінальному праві України 107

2.2. Уявна оборона як самостійна обставина, що виключає злочинність діяння 152

2.3. Умови правомірності та перевищення меж необхідної оборони 175

2.4. Правові джерела та авторські пропозиції 217

РОЗДІЛ 3. ЗДІЙСНЕННЯ СЛУЖБОВИХ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ 228

3.1. Поняття та ознаки здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння 228

3.2. Умови правомірності та перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень 298

3.3. Правові джерела та авторські пропозиції 342

ВИСНОВКИ 348

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 364

ВСТУП

Розбудова в Україні демократичної і соціальної держави та громадянського суспільства неможлива без забезпечення в українському законодавстві високого рівня правової регламентації прав і свобод людини. Одна з основних проблем такого регулювання в рамках кримінального судочинства передбачає необхідність створення якісного механізму кримінально-правового захисту особою своїх прав і свобод від суспільно небезпечних посягань (злочинів).

Стаття 27 Конституції України встановлює, що кожна особа має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань. В рамках кримінального права ці положення Конституції України реалізуються за декількома напрямками, в тому числі через групу обставин (правомірних вчинків), що виключають злочинність діяння та встановлюють правомірність дій особи, пов'язаних із захистом від суспільно небезпечного посягання. Діючий Кримінальний кодекс України (далі — КК України) у розділі VIII в якості таких обставин, що виключають злочинність діяння, передбачає необхідну та уявну оборону. Однак зрозуміло, що не всі правомірні вчинки, пов'язані із захистом особи від суспільно небезпечного посягання, мають належну правову регламентацію у діючому кодексі. Наприклад, в силу різноманіття суспільних відносин, у державі існують категорії осіб із різним правовим статусом. Правові підстави та процедура захисту таких категорій осіб від суспільно небезпечних посягань в силу специфіки їх службової діяльності можуть передбачатися у інших законодавчих актах, що не належать до галузі кримінального права. Зокрема, для такої категорії осіб, як працівники міліції, порядок та підстави застосування ними сили (заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї) при захисті від суспільно небезпечних посягань встановлюється

ст.ст. 12-15[1] Закону України «Про міліцію», для працівників Служби безпеки України — ст. 26 Закону України «Про Службу безпеки України», для військовослужбовців — Військовими статутами Збройних Сил України (пунктами 56, 60, 61, 195–202 Статуту гарнізонної та вартової служби, пунктами 20–25 Статуту внутрішньої служби), для посадових осіб органів митної служби (органів Міністерства доходів і зборів) — ст.ст. 581–584 Митного кодексу України. При цьому такий порядок та підстави, що закріплені у цих спеціальних законах, за своїм змістом та юридичною формою відрізняються від існуючих норм про необхідну оборону у діючому КК України. Також для таких категорій осіб, як працівники міліції, Служби безпеки України, органів митної служби (органів Міністерства доходів і зборів) і т. д., яких узагальнено можна визнати як спеціально уповноважених осіб держави, актуальною у процесі їх службової діяльності є не лише проблема захисту від суспільно небезпечних посягань, а й питання, пов'язані із попередженням та припиненням таких діянь. В процесі попередження, припинення або захисту від суспільно небезпечних посягань такі спеціально уповноважені особи держави можуть застосовувати, на відміну від приватної особи (звичайного пересічного громадянина), крім заходів фізичного впливу, ще й спеціальні засоби та вогнепальну зброю, на носіння, зберігання і застосування яких вони мають відповідний дозвіл від держави.

Таким чином, потрібно підкреслити, що при припиненні, попередженні або захисті від суспільно небезпечних посягань виникає певний правомірний вчинок, пов'язаний із застосуванням сили спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями), який, безумовно, повинен виключати злочинність діяння. В результаті постає питання про створення моделі узагальненого правомірного вчинку, що повинен виключати злочинність діяння при застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави у випадку попередження, припинення

або захисту від суспільно небезпечних посягань та подальшого включення такої моделі до діючого кримінального кодексу. Такий правомірний вчинок, безумовно, може об'єднати положення різних спеціальних законів, що регулюють застосування сили для відповідних категорій осіб.

Також потрібно зазначити, що необхідна та уявна оборона як обставини, що виключають злочинність діяння, які закріплені у Кримінальному кодексі України, мають свої прогалини та неузгодженості у кримінально-правовому регулюванні. На сьогоднішній день уявна оборона розглядається як сукупність певних видів помилок при необхідній обороні, в зв'язку з чим позиція законодавця, який відокремив її у якості самостійної обставини, що виключає злочинність діяння, вважається дискусійною. Також норма про уявну оборону з'явилася у Кримінальному кодексі України лише в 2001 році, в зв'язку з цим вона, на нашу думку, ще не може мати перевіреної часом досконалої конструкції, яка б повністю забезпечила вирішення всіх питань, пов'язаних із її використанням у правозастосовній практиці.

Крім того, зрозуміло, що сучасна конструкція норм про необхідну оборону, яка була сформована в радянський період і перейшла в українське кримінальне законодавство із КК УРСР 1960 року, також не може повністю врахувати процес перетворення України у демократичну та соціальну державу. Правозастосовна практика, яка розвивається на сучасному етапі в українському громадянському суспільстві, передбачає зміну пріоритетів в об'єктах захисту при необхідній обороні, появу нових способів (можливостей) для її здійснення і т. д. Додаткові можливості відкриває і аналіз зарубіжного кримінального законодавства з питань необхідної оборони. Усе це передбачає необхідність відповідних законодавчих змін чи певної конкретизації у діючих нормах про необхідну оборону.

Потрібно зазначити, що у сучасній науці українського кримінального права існують пропозиції щодо удосконалення чи

систематизації тих чи інших положень необхідної та уявної оборони. Однак у комплексному та системному підході, разом із застосуванням сили спеціально уповноваженими особами держави при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань, їх дослідження як певної групи однорідних вчинків, що виключають злочинність діяння, ще детально не здійснювалось. Таким чином, всі викладені міркування і обумовили вибір авторами предмета дослідження та визначили відповідну структуру і зміст монографічної роботи.

У розділі І монографії розглядається історія розвитку та сучасний стан кримінально-правового регулювання необхідної оборони, уявної оборони та застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань як на рівні кримінального законодавства, так і з дослідженням теоретичних аспектів їх змістовної конструкції. Робиться висновок про можливість їх об'єднання у спільну групу із назвою «обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання» та, використовуючи необхідний теоретичний матеріал, визначаються можливі напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання кожного із цих правомірних вчинків.

Розділ ІІ монографії присвячений дослідженню кримінально-правового регулювання необхідної та уявної оборони як обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Аналізуються положення зарубіжного кримінального законодавства, що регулюють необхідну оборону; пропонується можлива законодавча конструкція сучасного поняття «необхідна оборона»; досліджується можливість удосконалення окремих законодавчих положень про необхідну оборону; формулюються відповідні пропозиції до діючого КК України та узагальнень судової практики. Особлива увага приділяється питанням, пов'язаним із перевищенням меж необхідної оборони та

захистом особи від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку. Пропонуються різні варіанти до механізму їх правового врегулювання, в тому числі і з використанням зарубіжного досвіду.

Також у розділі ІІ монографії здійснюється дослідження уявної оборони як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння. Обґрунтовується правова природа її самостійності, критерії для відмежування від необхідної оборони. Пропонується удосконалити законодавчу конструкцію поняття «уявна оборона», визначаються ключові моменти для її правильної кваліфікації. На основі аналізу відповідних теоретичних положень визначаються певні види уявної оборони та робиться загальний висновок про те, що уявна оборона є більш масштабною обставиною, яка може виключати злочинність діяння не лише при уявному суспільно небезпечному посяганні, а і при уявній небезпеці, що загрожувала особі і т. д.

У розділі ІІІ монографії здійснюється дослідження застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань. Визначається позиція, за якою такий правомірний вчинок може існувати як обставина, що виключає злочинність діяння в діючому КК України. Досліджуються існуючі точки зору в науці кримінального права України та надається відповідне обґрунтування щодо висловленої авторами позиції. Визначається, у випадку підтримання пропозицій авторів, законодавча модель конструкції такої можливої обставини, що виключатиме злочинність діяння, назву для якої пропонується охарактеризувати у формі «здійснення службових владних повноважень». Досліджується юридичний склад такої можливої обставини, що виключатиме злочинність діяння, система умов її правомірності, рівень правового регулювання і відмінність від необхідної оборони. Моделюється механізм можливої кримінальної відповідальності за перевищення заходів впливу, необхідних для здій-

снення службових владних повноважень, характеризується його можлива законодавча конструкція. Визначається доцільність існування такого виду кримінальної відповідальності при захисті від суспільно небезпечних посягань для спеціально уповноважених осіб держави у порівнянні з іншими існуючими видами кримінальної відповідальності. Визначається відмінність запропонованого виду кримінальної відповідальності від кримінальної відповідальності за перевищення влади або службових повноважень та кримінальної відповідальності за перевищення меж необхідної оборони на рівні дослідження положень в узагальненнях судової практики.

Ми розуміємо, що проведеним монографічним дослідженням складно охопити всі можливі питання та проблеми кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Однак, на думку авторів, визначені у цьому монографічному дослідженні напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання мають важливе значення для подальшого розвитку правової держави України, яка здатна забезпечити особі високий рівень гарантій щодо захисту нею своїх прав і свобод від суспільно небезпечних посягань.

Ми вдячні академіку А. С. Васильєву та професору А. А. Музиці за їх корисні наукові побажання, які дозволили нам більш комплексно дослідити цю складну правову проблему.

РОЗДІЛ 1

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

1.1. Історія розвитку та сучасний стан правового визначення обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання

Обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання і в першу чергу головна з них — необхідна оборона, є одним із найдавніших правових інститутів кримінального права, який з'явився разом з виникненням в світі держави і права та розвивався в залежності від цілого ряду умов державного і соціального характеру. Дослідження історії розвитку такої групи обставин, до яких у подальшому авторами буде віднесено необхідну оборону, уявну оборону та захист спеціально уповноважених осіб держави від суспільно небезпечних посягань при здійсненні ними своїх службових владних повноважень, можна проводити за певною періодизацією, виділяючи певні періоди їх розвитку. Ці періоди пов'язані з існуванням відповідних етапів розвитку кримінального права України, що проходили в процесі становлення на українських землях різних форм державності. І. Заторська, розглядаючи історичні аспекти кримінальної відповідальності за нанесення тяжких тілесних ушкоджень, виділяла п'ять періодів (етапів) розвитку українського кримінального права: першим періодом розвитку вважається період звичаєвого (неписаного) кримінального права. Воно застосовувалося, як правило, в рамках звичаїв і традицій; другий період розвитку пов'язаний з виникненням писемності та появою кримінального законодавства Київської

Русі; третій період розвитку пов'язаний із кримінальним законодавством централізованої держави за часів входження України до складу Російської імперії. Він розпочинався прийняттям Воїнських артикулів Петра I; четвертий період становлення кримінального права відноситься до епохи радянського кримінального права; п'ятий період розвитку кримінального права — прийняття першого Кримінального кодексу незалежної України від 05.04.2001 року [37, с. 134-135].

Розглядаючи у загальних рисах історію виникнення та розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, ми вважаємо, що їх періодизацію доцільно проводити на більш розгорнутому рівні, поділяючи розвиток кримінального законодавства України під час входження до складу Російської держави на три періоди (період входження українських земель до складу Московського царства, пов'язаний із прийняттям та дією Соборного уложення царя Олексія Михайловича 1649 року; період прийняття та дії Воїнських артикулів Петра I 1715 року; період прийняття та дії Кримінального уложення 1903 року), в кожному з яких було різне ставлення та розуміння з боку держави обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Крім того, доцільно також виділяти певний початковий період існування обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, пов'язаний із їх виникненням та становленням у кримінальному законодавстві стародавніх країн світу (Вавілону, Римської імперії, Стародавньої Індії), що було ще задовго до виникнення першої організованої форми існування суспільства та державності на українських землях. Таким чином, періодизація обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, відповідно до запропонованого авторами розширеного підходу їх історичного дослідження, буде відбуватися у наступних семи періодах:

– початковий період розвитку, пов'язаний із виникненням та розвитком такої групи обставин у кримінальному законодавстві стародавніх країн світу, в основному у рамках існуючих в тих країнах звичаїв і традицій;

– перший період розвитку, пов'язаний із їх зародженням та законодавчим закріпленням в кримінальному законодавстві Київської Русі у зв'язку із появою писемності та зародженням державності на українських землях;

– другий період розвитку, пов'язаний із входженням українських земель до складу Московського царства та прийняттям Соборного уложення царя Олексія Михайловича 1649 року;

– третій період розвитку, пов'язаний із появою спеціальних норм про захист від нападу у Воїнських артикулів Петра I 1715 року;

– четвертий період розвитку, пов'язаний з існуванням централізованої «кастової» Російської імперії та прийняттям Кримінального уложення 1903 року;

– п'ятий період розвитку, пов'язаний із становленням та розвитком такої групи обставин у рамках радянського кримінального права та радянської соціалістичної держави, починаючи з 1917 року;

– шостий період розвитку, пов'язаний із розвитком такої групи обставин у рамках кримінального права незалежної України та прийняттям Кримінального кодексу України 2001 року.

Розглянемо спочатку історію виникнення та розвитку необхідної оборони як головної обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Загалом інститут необхідної оборони — один із найдавніших у світі інститутів кримінального права, який виник разом із зародженням державності та першої писемності. На початковому періоді свого розвитку в недержавному суспільстві захист життя, здоров'я, честі та майна особи здійснював-

ся, як правило, шляхом кровної помсти, що заснована на інстинкті людини захищати себе від небезпеки. У відповідь на загрозу людина намагається протидіяти їй або нейтралізувати її. Звичай кровної помсти існував з незапам'ятних часів у всіх без винятку народів. Незважаючи на різницю у формах та засобах здійснення помсти, загальним вважалось переконання про те, що без помсти немає вічного спокою вбитому чи потерпілому. Перші законодавчі пам'ятки лише покращували практику помсти кривднику, яка склалася на основі стародавніх звичаїв. Так, наприклад, закони царя Вавілону Хаммурапі (XVIII ст. до н. е.) в основі кримінально-правових норм покладали відплату за провину, яка за своєю тяжкістю повинна бути рівною злочину. Однак це правило існувало лише для вільних громадян. В Римській імперії на ранній стадії її розвитку діяв принцип таліону — око за око. При цьому відомий цивіліст Стародавнього Риму Марк Тулій Цицерон зазначав, що існує священний неписаний закон, який виник раніше всіх книг і законів та написаний самою природою. Суть цього закону в тому, що якщо необхідність справедливого захисту вимагає використання меча, то той, хто для власного порятунку використав його, буде невинним [190, с. 13; 143, с. 117]. Принцип таліону, сформований у Римській імперії, в різних народів виражався також й у інших формах (словосполученнях): життя за життя, зуб за зуб, руку за руку [83, с. 101].

У подальшому, із розвитком стародавнього права почало з'являтися певне обмеження принципу кровної помсти. Так, у давньоіндійських законах Ману (II ст. до н. е.) вперше зустрічаються самі положення про необхідну оборону. Ці закони передбачали, що вбивство, яке здійснюється під час захисту від нападу злодія, не карається. В них вказувалося: «кожен може без сумнівів вбити злодія, який нападає на нього зі злочинними цілями, навіть якщо то буде його вчитель, підліток, старий або брахман, що розуміється у Ведах. Вбивство людини, яка зважилася на вбивство публічно чи таємно, ніколи не робить

винуватим у вбивстві. Це лють у боротьбі із люттю». За законами Ману позбавлення життя в якості необхідної оборони дозволялося як для самозахисту, так і для захисту деяких інших осіб, а саме — жінок та брахманів. Причому такого роду вбивство вважалося не тільки правом, а і обов'язком особи, що захищалася, який вона повинна була виконати без усяких сумнівів. Закони Ману допускали лише оборону, пов'язану із захистом життя, про захист майна в них нічого не вказувалося. Захист майна допускався у інших стародавніх законодавствах, зокрема, у єврейському. В законах Мойсея вказувалося: «якщо хтось застане злодія, який копає на землі, і вдарить його так, що той помре, то кров не порахується йому. Але якщо зійшло над ним сонце, то кров порахується йому». Тобто біблейське законодавство в рамках необхідної оборони дозволяло вбити нічного злодія. При сході сонця, коли вставали сусіди, які могли прийти на допомогу, вбивство злодія заборонялось. Законодавство Римської імперії на стадії її розвитку, зокрема, Закони XII таблиць, також визнавали право римських громадян на захист свого життя та власності. Римські юристи, такі як Цицерон, Ульпіан, Катон, вважали, що дії є вчиненими у стані необхідної оборони при наявності двох головних умов: 1) несправедливості нападу; 2) неминучості небезпеки. При захисті власності дозволялося вбивати нічного злодія. Крім того, дозволялося вбити злодія, який скоїв крадіжку вдень і чинив збройний опір при його пійманні [83, с. 101].

Тепер перейдемо до безпосереднього дослідження періодів розвитку інституту необхідної оборони на українських землях в рамках відповідних періодів розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Перший період розвитку необхідної оборони в Україні пов'язаний із зародженням інституту необхідної оборони на українських землях, яке відбувається у X–XII столітті. Законодавчо перші писемні згадки про необхідну оборону знаходилися в договорах князів Олега та Ігоря

з Візантією 911 та 945 років. Хоча спеціального визначення поняття необхідної оборони в цих договорах не було, однак право необхідної оборони тісно переплiталося із кровною помстою і виступало у формі дозволу на розправу на місці злочину. За договором 911 року, укладеним князем Олегом з Візантією, у випадку, якщо русин вб'є візантійця чи візантієць вб'є русина, то винний повинен померти на тому місці, де було скоєно вбивство. В договорі князя Ігоря 945 року були внесені деякі зміни, за якими вбивця міг бути затриманий і позбавлений життя найближчими родичами вбитого [90, с. 16]. Тобто на початковому етапі свого існування на руських землях необхідна оборона характеризується самоуправством, в основному через принцип кровної помсти, і всі конфлікти, які виникали при її застосуванні, вирішувались лише за допомогою сили, а не права.

Руська Правда більш детально регламентувала інститут необхідної оборони, зокрема, при захисті права власності. Вона містила окремі положення про необхідну оборону (ст. 13, 14, 38, 40), однак не виділяла її в якості окремого самостійного інституту. За Руською Правдою, дозволялося вбити нічного злодія, який не здається. Якщо власник вб'є зв'язаного крадія або крадія, який був затриманий до світанку, то він повинен сплатити за нього встановлений штраф. Господар міг переслідувати злодія лише в межах свого житла, за воротами вбивати його було не можна [83, с. 103]. Таким чином, вже давньоруське законодавство обмежувало право особи на необхідну оборону. Право заподіювати злочинцю шкоду надавалося лише власникам майна при крадіжці і найближчим родичам вбитого при вбивстві.

Статути Великого князівства Литовського 1529 та 1588 років, які діяли на території Україні у період її входження до складу Великого князівства Литовського та Речі Посполитої, також відображали лише окремі положення про інститут необхідної оборони. За артикулом 24 Статуту 1588 р.

зазначалося, що коли хтось позвав до суду іншого стосовно спричинення йому ран, а той інший, визнаючи ці рани, сказав, що спричинив їх у стані оборони, яка виникла в результаті початку бійки пораненим, то він при свідках, які були при цій справі і все бачили, склавши присягу, звільняється від виплати нав'язки (штрафу) [140, с. 432]. Таким чином в Литовських статутах існували прямі вказівки про застосування необхідної оборони під час бійки або при захисті особи від побоїв [182, с. 227].

Другий період розвитку інституту необхідної оборони на українських землях під час входження їх до складу Московського царства пов'язаний із подальшим історичним викладенням права на необхідну оборону як природного права людини, що відбулося у Соборному уложенні царя Олексія Михайловича 1649 року. В Соборному уложенні не використовувався термін «необхідна оборона» і не виділялися окремі норми про цей правовий інститут [8, с. 104]. Положення про необхідну оборону знаходились в окремих статтях глави XI «Про злочини проти особистих прав приватних осіб», які передбачали кримінальну відповідальність за конкретні злочини. Так, вбивство, яке було вчинене при захисті житла, не визнавалося злочином, оскільки особа, яка оборонялася у своєму житлі, «то вбивство вчинила мимоволі», а саме — за потребою [28, с. 80]. Правомірним вважався захист інтересів інших осіб, при цьому цей захист ставився в обов'язок, за невиконання якого належало «нещадно бити батогом» [8, с. 104]. Так, слуга, який поранив чи вбив кого-небудь, захищаючи свого господаря, не відповідав перед судом. Однак в уложенні не вказувалось, що господар також повинен захищати слугу. Крім того, стаття 16 глави XXIII допускала оборону такого об'єкта, як честь та цнотливість жінок [177, с. 134]. Таким чином, Соборне уложення 1649 року залишалось на позиціях розгляду необхідної оборони як природного права людини, надаючи особі, що оборонялася, достатньо широкі

166 92253

Наукова бібліотека
Одеського університету
ім. І. І. Мечникова

права і разом з тим достатньо чітко відмежовувало оборону від помсти. Умови правомірності необхідної оборони ще не отримали в законодавстві того періоду належного розвитку.

Третій період розвитку необхідної оборони (початок XVIII — кінець XIX ст.) пов'язаний із розвитком інституту необхідної оборони в напрямку більш чіткої правової регламентації, зокрема, появою спеціальних норм про необхідну оборону і умови її правомірності із одночасним обмеженням об'єму реалізації такого права, що відбулося за часів Петра I. Під час цього періоду держава починає бачити в необхідній обороні посягання на свої права, спробу обмеження державної влади, тому допускає оборону в досить вузьких рамках. Питання необхідної оборони в законодавстві Петра I знайшли своє відображення у Воїнському уставі 1715 року та Морському уставі 1720 року, які у подальшому стали називатися Воїнські артикули Петра I. Необхідна оборона вперше отримала спеціальну назву «потрібний захист» [8, с. 104]. Правила «потрібного захисту» викладались у главі про смертовбивство, оскільки під правом необхідної оборони розумілося виключно право вбивства особи, що нападала. Воїнський устав визнавав право особи на необхідну оборону під час посягання (нападу) на життя, а Морський устав — і при нападі, який загрожував здоров'ю [177, с. 329; 83, с. 103].

Необхідна оборона допускалася при наявності наступних умов правомірності: 1) напад повинен бути протизаконним та насильницьким; 2) напад повинен бути безпричинним; 3) від нападу неможливо врятуватися втечею, навіть ганебною; 4) від нападу неможливо більше поступатися. Стаття 157 Воїнського уставу вказувала, що коли особа знаходиться у стані страху і не може більше поступатися, тоді вона не повинна чекати першого удару від нападника, оскільки після того вже не зможе йому опиратися. Недотримання умов правомірності «потрібного захисту» у випадку вбивства нападника тягло за собою покарання як за умисне вбивство. Відповідно до Морського уставу, якщо хтось межі «потрібного захисту» переступить і вб'є нападника, то буде судимий не як при обороні, а як за вбивство, і буде покараний смертю, каторжною роботою або іншим покаранням [50, с. 101].

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

У подальших Зводах законів 1832 та 1842 років, автори яких намагались об'єднати між собою положення, що містилися у Воїнських артикулах Петра I та Соборному уложенні 1649 року, кримінальне законодавство було кодифіковано [8, с. 104]. В Зводі законів 1832 року питання необхідної оборони розглядалися як в Загальній, так і в Особливій частині кримінального законодавства. В статті 133 Загальної частини передбачалися наступні умови правомірності необхідної оборони: засоби захисту повинні були відповідати засобам нападу; застосовувати зброю проти беззбройного можливо було лише в тому випадку, коли беззбройна особа, яка нападала, була сильніше або коли напад беззбройної особи був вчинений наодинці і з небезпекою для життя того, хто захищався; оборона визнавалася законною лише тоді, коли особі, яка захищалася, загрожувала небезпека, і тому вбивство супротивника, який почав втікати, визнавалося порушенням правил законної оборони; особа, яка захищалася, повинна була поступатися нападаючому і намагатися не спричиняти йому шкоди до тих пір, поки не існувало загрози її життю [116, с. 57; 83, с. 103]. Таким чином, діюче на той час кримінальне законодавство закріплювало виключну пасивність захисту і ставило перед особою, яка захищалася, достатньо широкий перелік вимог правомірності захисту, дотриматись яких на практиці не завжди було можливо.

За статтею 134 Загальної частини Зводу законів 1832 року необхідна оборона вважалася законною не тільки для особистого захисту, але і для захисту інших осіб як при посяганнях на життя і здоров'я, так і при посяганнях на цнотливість жінок. Вона допускалася також при захисті власності від крадіїв і розбійників, однак при цьому особа, що захищалася, повинна була оголосити сусідам та начальству про наслідки оборони.

Уложення про покарання кримінальні та виправні 1842 року більш детально регулювало питання про відповідальність за перевищення меж необхідної оборони (правомірного захисту). Стаття 101 уложення визнавала некараним вбивство, заподіяння каліцтва або нанесення ран особі, що нападає, коли це відбувалося при необхідній особистій обороні для відбиття нападу, що становив небезпеку для життя, здоров'я, свободи чи житла того, хто оборонявся. При цьому необхідна оборона допускалася лише при неможливості особи, що оборонялася, вдатися до захисту місцевого чи найближчого начальства. Визнавалось «зловживанням обороною», якщо особа, що захищається, заподіює нападаючому шкоду після того, як небезпека перестала загрожувати. Встановлювались додаткові обов'язки для особи, що захищалася, пов'язані із необхідністю негайно повідомляти про обставини та наслідки свого захисту сусіднім жителям і при першій можливості — найближчому начальству. Статті 1467 та 1493 уложення передбачали покарання за вбивство, заподіяння каліцтва або нанесення ран при перевищенні меж необхідної оборони [167, с. 31; 83, с. 104; 8, с. 104].

Четвертий період розвитку необхідної оборони (початок XX ст., дореволюційний період) пов'язаний із поверненням законодавця до розуміння необхідної оборони як природного права, яке в той же час мало досить значну «кастову» направленість. Кримінальне уложення 1903 року, детально регламентуючи інститут необхідної оборони, розглядає останній як обставину, яка виключає не тільки караність, але і саму зло-

чинність діяння. В ст. 45 Кримінального уложення норма про необхідну оборону була сформульована наступним чином: «не вважається злочинним діяння, вчинене при необхідній обороні проти незаконного посягання на особисті чи майнові блага самої особи, яка захищається, або іншої особи» [14, с. 68; 163, с. 92–93; 8, с. 104–105]. Перевищення меж необхідної оборони, під яким розумілася надмірність або несвоєчасність захисту, тягло за собою покарання лише у випадках, спеціально передбачених законом [95, с. 37; 146, с. 522]. Розвивалось поняття необхідна оборона і в науці кримінального права того періоду. Наприклад, Н. С. Таганцев вважав необхідну оборону таким станом особи, в якому вона, захищаючи права або блага свої чи інших осіб від небезпеки, яка загрожує їм, завдає нападникові будь-якої шкоди [146, с. 202; 143, с. 118].

В той же час потрібно зазначити, що розширення меж необхідної оборони мало «кастову» направленість, і норми про необхідну оборону використовувались в більшій мірі до дворян та поміщиків, про що зазначали багато юристів того періоду. Так, наприклад, відомий юрист того часу Рейнгард писав, що, перед тим як вирішувати питання про стан необхідної оборони, потрібно врахувати соціальне положення особи, що захищалася. При цьому він наводив наступний показовий приклад: «якщо офіцер вбив людину, яка напала на нього з метою завдати образи дією, то він повинен бути визнаний як діючий у стані необхідної оборони, між тим як особи іншого класу при таких же обставинах у стані зазначеної оборони можуть бути не визнані» [129, с. 76–77; 83, с. 104].

П'ятий період розвитку необхідної оборони (XX ст., радянський період) пов'язаний із змінами в законодавчій регламентації інституту необхідної оборони, які в цей період були достатньо суперечливі. З одного боку, в перших радянських законодавчих актах відбулася відмова від детального формулювання норм про необхідну оборону, як це було у дореволюційних актах. З іншого боку, законодавцем було роз-

ширено систему об'єктів захисту при необхідній обороні і до неї вперше увійшли інтереси держави і суспільства, які були поставлені на перший план у порівнянні з іншими об'єктами захисту при необхідній обороні.

Вперше після революції 1917 року законодавче визначення поняття необхідної оборони було закріплено в «Руководящих началах по уголовному праву РСФСР» 1919 року. Відповідно до ст. 15 покарання не застосовувалось до особи, яка вчинила насильство над особистістю нападника, якщо це насильство виявилось в даних умовах необхідним засобом захисту від нападу і при цьому не були перевищені заходи необхідної оборони [83, с. 104]. Тобто необхідна оборона визнавалася допустимою лише при захисті особи, що оборонялася, або інших осіб. Однак при цьому дії особи, пов'язані із реалізацією права на необхідну оборону, визнавались злочином, який за наявності вказаних вище умов не тягнув за собою покарання. У Конституції УРСР 1919 року право на необхідну оборону (право на захист від протиправних посягань) взагалі закріплено не було [143, с. 118].

Перший Кримінальний кодекс УРСР 1922 року в ст. 19 частково розширив поняття необхідної оборони, включивши до неї не лише посягання, направлені на особу того, хто оборонявся, чи на інших осіб, але і посягання, направлені на права того, хто оборонявся, чи на права інших осіб [143, с. 118]. В статтях 145 та 152 КК УРСР 1922 року передбачалась відповідальність за вбивство та спричинення тяжких тілесних ушкоджень, вчинених з перевищенням меж необхідної оборони, а також за настання тих же наслідків при затриманні злочинця, якого застали на місці скоєння злочину, з перевищенням необхідних для його затримання заходів [157, с. 38]. З прийняттям «Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» 1924 р. до об'єктів захисту при необхідній обороні були включені також державні інтереси. Згідно зі ст. 9 «Основных начал уголовного законода-

тельства Союза ССР и союзных республик» покарання не застосовувалось до осіб, які заподіяли шкоду при захисті радянської влади, або особи і прав того, хто захищається, чи іншої особи [143, с. 118]. Безпосередньо ст. 9 встановлювала, що заходи покарання не застосовуються зовсім до осіб, які вчинили дії, передбачені кримінальними законами, якщо судом буде визнано, що такі дії вчинені ними у стані необхідної оборони проти посягання на радянську владу або на особу і права того, хто оборонявся, чи на іншу особу, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони [8, с. 105]. Однак при цьому дії, вчинені у стані необхідної оборони, продовжували прирівнюватись до злочину, за яким особа, що захищалася, не підлягала покаранню. КК РСФСР 1926 року у ч. 2 ст. 13 повністю повторив формулювання поняття необхідна оборона із ст. 9 «Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» 1924 року [8, с. 105]. Стаття 13 КК УРСР 1927 року також містила аналогічне формулювання поняття необхідна оборона і вказувала про незастосування покарання до осіб, які вчинили діяння, передбачені Кримінальним кодексом, якщо ці діяння вчинені у стані необхідної оборони проти посягань на радянську владу чи на особистість або на права того, хто обороняється, чи іншої особи, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони [3, с. 542].

У зв'язку з тим, що у судовій практиці допускалися серйозні помилки при застосуванні інституту необхідної оборони, Пленум Верховного Суду СРСР 23 жовтня 1956 року в постанові «Про недоліки судової практики у справах, пов'язаних із застосуванням законодавства про необхідну оборону» вперше сформулював свою позицію по спірним питанням необхідної оборони. Зазначалося, що право на необхідну оборону передбачає право активного захисту від нападу. При цьому підкреслювалась неприпустимість вимоги до громадян діяти активно лише у випадку неможливості врятуватися вте-

чею. Пункт 4 цієї постанови щодо застосування необхідної оборони зазначав, що «...суди не повинні формально підходити до несвоєчасності її застосування. Стан необхідної оборони настає не лише у самий момент нападу, але і в тих випадках, коли існує реальна загроза нападу, а також — якщо для того, хто захищався, не був зрозумілий момент закінчення нападу. Такий стан необхідної оборони не може вважатися усуненим, якщо акт самозахисту наступив безпосередньо за актом хоча і закінченого нападу, але за обставинами справи для того, хто захищався, не був зрозумілим момент закінчення цього нападу» [8, с. 105; 92, с. 5].

Подальший розвиток інститут необхідної оборони отримав в «Основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» 1958 року. В цьому законодавчому акті до системи об'єктів захисту при необхідній обороні були додані суспільні інтереси. Крім того, вперше були визначені такі категорії при необхідній обороні, як «суспільно небезпечне посягання» та «перевищення меж необхідної оборони». Також досягненням цих основ є те, що за ними вперше на законодавчому рівні в СРСР дії, вчинені особою у стані необхідної оборони, не визнавались злочином. У статті 13 прийнятих основ було зазначено:

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

Перевищенням меж необхідної оборони визнається явна невідповідність захисту характеру та небезпечності посягання» [8, с. 105; 143, с. 118].

Таким чином, поряд із поняттям необхідної оборони, Основи 1958 року вперше також закріплювали визначення

поняття перевищення меж необхідної оборони. Визначення необхідної оборони, яке було закріплене в Основах 1958 року, практично в такому ж вигляді було викладене в КК РСФСР та КК УРСР 1960 року. Відповідно до ст. 15 КК УРСР 1960 року необхідною обороною «визнаються дії, вчинені з метою захисту інтересів чи прав особи, яка захищається, або іншої особи, інтересів суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання шляхом завдання шкоди тому, хто посягає, якщо такі дії були зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання» [143, с. 119]. Таким чином, у порівнянні із законодавчими актами 1958 року, норми про необхідну оборону було доповнено лише в частині того, що дії особи, яка захищається, повинні бути зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання. В той же час Конституція СРСР 1977 року не закріплювала саме право особи на захист свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності від протиправних посягань, а лише вимагала від громадянина поважати права та законні інтереси інших осіб та сприяти охороні громадського порядку. Певну роль у вдосконаленні інституту необхідної оборони та покращенні його правозастосовної практики відіграла також Постанова Пленуму Верховного Суду СРСР «Про практику застосування судами законодавства про необхідну оборону» від 4 грудня 1969 року, в п. 3 якої зазначалося, що «вирішуючи питання про наявність або відсутність ознак перевищення меж необхідної оборони, суди не повинні механічно виходити із вимог співрозмірності засобів захисту та засобів нападу, а також співрозмірності інтенсивності захисту і нападу, а повинні враховувати як ступінь і характер небезпеки, що загрожувала особі, яка оборонялася, так і її сили та можливості по відбиттю нападу [8, с. 105; 93, с. 16]. Також у п. 4 цієї постанови роз'яснювалося, що «стан необхідної оборони настає не тільки в самий момент нападу, але і в тих випадках, коли наявна реальна загроза нападу. Таким же чином стан необхідної оборони не може вважатися

усуненим і в тому випадку, коли акт самозахисту послідував безпосередньо за актом хоча б і закінченого нападу, але за обставинами справи для того, хто обороняється, не був зрозумілий момент закінчення нападу. Не визнаються законом вчиненими у стані необхідної оборони дії того, хто обороняється, які заподіяли шкоду нападнику, лише в тому випадку, якщо вони були вчинені вже після того, коли напад було попереджено або закінчено і в застосуванні засобів захисту вже явно минула необхідність, і, отже, ці дії виступали як акт помсти — самочинної розправи. У цих випадках відповідальність настає на загальних підставах як за умисний злочин» [93, с. 16]. Постанова Пленуму Верховного Суду СРСР № 14 від 16 серпня 1984 року «Про застосування судами законодавства, що забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» ще більш удосконалила окремі положення інституту необхідної оборони, зокрема:

– в п. 3 були визначені рекомендації, за якими «судам необхідно враховувати, що відповідно до закону громадяни мають право на застосування активних заходів по захисту від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, незалежно від наявності у них можливості врятуватися втечею або використати інші способи уникнути нападу»;

– в. п. 5 було роз'яснено, «що стан необхідної оборони виникає не тільки в самий момент суспільно небезпечного посягання, а й за наявності реальної загрози нападу. Стан необхідної оборони може мати місце і тоді, коли захист відбувся безпосередньо за актом хоча і закінченого посягання, але за обставинами справи для особи, що захищалася, не був зрозумілий момент його закінчення. Перехід зброї чи інших предметів, використаних при нападі, від того, хто посягає, до того, хто захищається, сам по собі не може свідчити про закінчення посягання»;

– в п. 7 було визначено, що «за змістом закону перевищенням меж необхідної оборони визнається лише явна, очевидна

невідповідність захисту характеру і небезпечності посягання, коли тому, хто посягає, без необхідності навмисне заподіюється шкода… Заподіяння тому, хто посягає, при відбитті суспільно небезпечного посягання шкоди по необережності не може тягнути за собою кримінальну відповідальність»;

– в. п. 14 зазначалося, що «вгледівши в діях підсудного ознаки перевищення меж необхідної оборони, суд не може обмежитися загальним формулюванням і зобов'язаний обґрунтувати у вироку свій висновок з посиланням на конкретні встановлені у справі обставини, що свідчать про явну невідповідність захисту характеру і небезпечності посягання»;

– в п. 15 були надані вказівки, що «при призначенні покарання особам, винним у вбивстві, заподіянні тяжких або менш тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони суди повинні… в кожному конкретному випадку обговорювати питання про можливість обрання покарання, не пов'язаного з позбавленням волі. Призначення покарання у вигляді позбавлення волі суд зобов'язаний мотивувати у вироку» [94, с. 9–13]. Загалом такі роз'яснення та вказівки в узагальненнях судової практики 1969 та 1984 років досить прогресивно тлумачили окремі положення інституту необхідної оборони і слугували базою для подальшого вдосконалення кримінального законодавства України у пострадянський період.

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

В ст. 27 Конституції України 1996 року було закріплене невід'ємне право кожної людини на захист свого життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань, а ст. 55 визначила, що кожна людина має право будь-

якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань [51, с. 6, 11]. Таким чином, право на необхідну оборону вперше було закріплено у Конституції вже незалежної української держави.

У 2001 році був прийнятий новий Кримінальний кодекс України (далі — КК України). Відповідно до ч. 1 ст. 36 КК України необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання. Також у кодексі більш детально розглядається питання про перевищення меж необхідної оборони, і відповідно до ч. 5 ст. 36 КК не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає. Крім того, вперше безпосередньо у самому кодексі (ч. 2 ст. 36 КК України) щодо питання про умови правомірності оборони було передбачено право кожної особи на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади [54, с. 19]. Відповідно до положень про необхідну оборону прийнятого Кримінального кодексу України на рівні узагальнення судової практики вийшла Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону», яка у 12 пунктах тлумачила окремі питання застосування інституту необхідної оборони у судовій практиці, згідно із прийнятими нововведеннями у Кримінальному кодексі.

Ця постанова більш досконало структурно систематизувала положення про необхідну оборону в узагальненні у порівнянні із Постановою Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28.06.1991 року «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань», однак при цьому розглянула набагато менше коло проблемних питань, пов'язаних із застосуванням інституту необхідної оборони у судовій практиці. В такому вигляді положення про необхідну оборону збереглися у кримінальному законодавстві України та судовій практиці і на теперішній час.

Тепер перейдемо до дослідження історії виникнення та розвитку уявної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. Поняття уявної оборони, на відміну від необхідної оборони, не закріплювалося у кримінальному законі до середини XIX століття, проте науці кримінального права це поняття відоме давно, оскільки воно існувало і розвивалося разом із вченням про необхідну оборону та суб'єктивну помилку. На різних історичних етапах розвитку нашої держави тлумачення законодавцем уявної оборони було неоднозначним і суперечливим.

Перші згадки про уявну оборону, у рамках початкового періоду розвитку необхідної оборони, можна знайти у працях юристів стародавніх держав Греції та Риму. Саме вони звертали увагу на роль фактичної та юридичної помилки у поведінці людини при захисті своїх прав від злочину та визначали безкарність такої поведінки [3, с. 541]. Однак на законодавчому рівні це закріплено не було і існувало лише в наукових працях. Такий стан справ продовжував існувати і в першому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання за часів законодавства Київської Русі та в другому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від

суспільно небезпечного посягання за часів входження українських земель до складу Московського царства та прийняття Соборного уложення 1649 року. Загалом до середини XIX ст. продовжувало динамічніше розвиватися вчення про уявну оборону як про юридичну помилку при необхідній обороні, яка тягне за собою покарання. І лише в третьому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання у 1845 році в Уложенні про покарання кримінальні та виправні з'явилася ст. 99, яка вперше закріпила поняття «уявна оборона» і в якій зазначалося, що якщо хтось вчинить протиправне закону діяння у зв'язку із випадковою помилкою чи внаслідок обману у навколишній обстановці, або внаслідок незнання тих обставин, від яких таке діяння стає протизаконним, тому таке діяння не покладалося у вину. Відповідно до цієї статті були внесені зміни в статтю 92 Уложення, і до обставин, що виключали злочинність діяння, було внесено пунктом 4 ще одну — випадкова помилка або обман [3, с. 541].

На четвертому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання положення про помилку передбачалися і в змінах, що були внесені до Кримінального Уложення 1903 року, зокрема, в ст. 43 цього уложення йшлося про те, що не усвідомлення обставини, якою обумовлюється злочинність діяння..., виключає ставлення у вину самого діяння...; при необережності діяння правило це не застосовується, якщо саме діяння було наслідком недбалості винного [3, с. 541].

В подальших редакціях кримінальних кодексів, які діяли на території України під час п'ятого періоду розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання за часів входження українських земель до складу радянської держави, згадувалося лише про юридичну помилку, а уявна оборона продовжувала розвиватися в рамках такої обставини, що виключає злочинність

діяння, як необхідна оборона. Проте в узагальненнях судової практики Верховного Суду СРСР того періоду поступово почали з'являтися окремі положення про уявну (мниму) оборону, яка виокремлювалась за своєю правовою природою від необхідної оборони. Безпосередньо необхідність врегулювання уявної оборони у судовій практиці як відокремленої обставини, що виключає злочинність діяння вперше відбилася у Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 23 жовтня 1956 року «Про недоліки судової практики, пов'язані із застосуванням законодавства про необхідну оборону», яка деякою мірою заповнила прогалини КК УРСР 1927 року щодо поняття уявної (мнимої) оборони та відповідальності за шкоду, заподіяну у стані уявної (мнимої) оборони [3, с. 542; 135, с. 48]. В цій постанові було зазначено: «суди повинні розрізняти стан необхідної оборони і так званої уявної (мнимої) оборони, коли особа не зазнає реального нападу і лише помилково припускає наявність такого нападу. У цьому випадку, в залежності від обставин справи, особа може відповідати або за необережні дії, або взагалі не підлягає притягненню до кримінальної відповідальності. Однак потрібно мати на увазі, що уявна оборона виключає кримінальну відповідальність лише в тих випадках, коли вся обстановка події давала достатні підстави вважати особі, яка застосувала засоби захисту, що мав місце реальний напад, і вона не усвідомлювала помилковості свого припущення. Разом з тим у тих випадках, коли під час уявної оборони особа заподіяла потерпілому шкоду, яка явно перевищує межі допустимої шкоди в умовах відповідного реального нападу, вона підлягає відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони» [92, с. 6]. Таким чином, за текстом цієї постанови уявна оборона розглядалася в межах інституту необхідної оборони, але вже на той час перебування особи у стані уявної оборони виключало її кримінальну відповідальність, а перевищення меж допустимої шкоди в умовах уявної оборони приводило до відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони.

КК УРСР 1960 року також не містив характеристики уявної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння. У Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 4 грудня 1969 року «Про практику застосування судами законодавства про необхідну оборону» містилися роз'яснення про відповідальність за шкоду, заподіяну у стані уявної оборони, аналогічні тим, що давалися у згадуваній вище Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 23 жовтня 1956 року [3, с. 542]. В пункті 6 Постанови Пленуму Верховного Суду СРСР «Про практику застосування судами законодавства про необхідну оборону» зазначалося, що «суди повинні розрізняти стан необхідної оборони і так званої уявної (мнимої) оборони, коли відсутнє реальне суспільно небезпечне посягання і особа лише помилково припускає наявність такого посягання. У цьому випадку, в залежності від обставин справи, особа може відповідати або за необережні дії, або взагалі не підлягає притягненню до кримінальної відповідальності. Однак потрібно мати на увазі, що уявна оборона виключає кримінальну відповідальність лише в тих випадках, коли вся обстановка події давала достатні підстави вважати особі, яка застосувала засоби захисту, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала помилковості свого припущення. Разом з тим у тих випадках, коли при уявній обороні особа заподіяла потерпілому шкоду, яка явно перевищує межі допустимої шкоди в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони» [93, с. 16–17].

В подальшому питання кримінальної відповідальності осіб за шкоду, заподіяну у стані уявної оборони, були розтлумачені у Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР № 14 від 16 серпня 1984 року «Про застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань». В п. 13 цієї постанови було зазначено, що «суди повинні розрізняти стан необхідної оборони і так

званої уявної (мнимої) оборони, коли відсутнє реальне суспільно небезпечне посягання і особа лише помилково припускає наявність такого посягання. В тих випадках, коли обстановка події давала підстави вважати, що вчиняється реальне посягання, і особа, яка застосувала засоби захисту, не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковість свого припущення, її дії потрібно розглядати як вчинені у стані необхідної оборони. Якщо при цьому особа перевищила межі захисту, допустимого в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони. Якщо ж особа заподіює шкоду, не усвідомлюючи уявності посягання, але за обставинами справи повинна була і могла це усвідомлювати, дії такої особи підлягають кваліфікації за статтями кримінального кодексу, що передбачають відповідальність за заподіяння шкоди по необережності» [94, с. 12]. В даній постанові, на відміну від попередніх, розписується, що стан уявної оборони має місце тоді, коли особа не лише не усвідомлювала помилковості свого припущення щодо реальності суспільно небезпечного посягання, а й не могла усвідомлювати його. Крім того, зазначається, що дії, скоєні у стані правомірної уявної оборони з дотриманням всіх умов, визначених в пункті 13 зазначеної постанови, потрібно розглядати як вчинені під час необхідної оборони. Разом з тим у постанові передбачається потреба у розрізненні таких ситуацій. Тобто Пленум Верховного Суду СРСР вказував на однакову юридичну природу понять необхідна та уявна оборона і разом з тим на певну їх самостійність та відмінність. Загалом можна зазначити, що саме узагальнення судової практики Пленуму Верховного Суду СРСР 1956, 1969 та 1984 років і стали подальшою теоретичною базою для розробки та визначення уявної оборони як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння у пострадянському періоді.

Після проголошення незалежності України у шостому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діян-

ня при захисті від суспільно небезпечного посягання положення про уявну оборону знайшли своє відображення не лише в узагальненнях судової практики Пленуму Верховного Суду України, а й безпосередньо в Кримінальному кодексі України та поступово виокремились законодавцем у самостійну обставину, що виключає злочинність діяння. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28 червня 1991 року «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» у пункті 9 більш детально характеризувала стан уявної оборони і, зокрема, кваліфікацію дій особи при недотриманні певних умов правомірності оборони та зазначала, що «судам необхідно відрізняти необхідну оборону від мнимої (уявної) оборони, коли особа, помиляючись щодо реальності посягання і вважаючи, що вона захищає правоохоронювані інтереси, заподіює шкоду іншій особі. Якщо особа, перебуваючи в стані мнимої оборони, з урахуванням конкретних обставин не повинна була чи не могла усвідомлювати відсутність реального посягання, а заподіяна нею шкода не перевищувала ту, яка була б допустимою в умовах реального посягання, її дії повинні розглядатись як вчинені без вини і прирівнюватись до необхідної оборони. Якщо ж особа, перебуваючи в стані мнимої оборони, не усвідомлювала факту відсутності реального посягання, але з урахуванням конкретних обставин повинна була й могла це усвідомлювати, а завдана шкода не перевищувала ту, яка була б допустимою в умовах реального посягання, її дії повинні розглядатись як заподіяння шкоди з необережності. У випадку, коли особа, перебуваючи в стані мнимої оборони, завдала шкоди, яка явно не відповідає тій, що була б допустимою в умовах реального посягання, її дії повинні розглядатись як перевищення меж необхідної оборони і за наявності відповідних ознак кваліфікуватися за ст. 97 чи 104 КК» [122]. Дане роз'яснення містило певні недоліки, пов'язані з тим, що стан уявної оборони визначався критеріями, за якими «особа не повинна була чи не могла усвідомлювати відсутність реального посягання». Це передбачало розширене тлумачення стану уявної оборони, при якому особа могла усвідомлювати відсутність реального посягання, але за обставинами справи не повинна була цього усвідомлювати. Тобто наявність хоча б одного із вказаних двох критеріїв стану уявної оборони була достатньою підставою для визнання дій особи як таких, що вчинені у стані уявної оборони. Крім того, саме поняття «мнима оборона» у порівнянні із поняттям «уявна оборона» було не досить вдалим з граматичної та філологічної точок зору.

5 квітня 2001 року був прийнятий Кримінальний кодекс України, в якому вперше уявна оборона була закріплена у якості самостійної обставини, що виключає злочинність діяння, яка відрізняється від необхідної оборони. В ст. 37 КК України були викладені основні положення, пов'язані із характеристикою уявної оборони, дотриманням умов її правомірності та кваліфікацією дій особи у випадку порушення таких умов. Частина 1 ст. 37 КК України визначила, що «уявною обороною визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання [54, с. 19].

Відповідно до прийнятого Кримінального кодексу України в узагальненні судової практики вийшла наступна Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону», яка врахувала певні неточності попередньої постанови 1991 року щодо питань про уявну оборону. У пункті 7 цієї постанови Пленуму Верховного Суду України 2002 року в окремих аспектах більш досконало та сучасно тлумачилися поняття та умови правомірності уявної оборони наступним чином: «слід відрізняти необхідну оборону від уявної, під якою розуміється заподіяння шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, але осо-

ба, неправильно оцінюючи дії потерпілого, помилково припускала наявність такого посягання. При уявній обороні кримінальна відповідальність за заподіяну шкоду виключається лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала й не могла усвідомлювати помилковість свого припущення. Питання про те, чи дійсно в особи були підстави для помилкового висновку про наявність суспільно небезпечного посягання, вирішується з урахуванням конкретних обставин справи. Якщо ж особа в обстановці, що склалася, не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковість свого припущення щодо реальності суспільно небезпечного посягання, але перевищила межі захисту, який потрібно було застосувати, її дії мають розцінюватись як перевищення меж необхідної оборони. У такому разі кримінальна відповідальність можлива лише за статтями 118 і 124 КК. Коли ж особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального посягання, її дії кваліфікуються як заподіяння шкоди через необережність» [121, с. 32]. У такому вигляді положення про уявну оборону в кримінальному законодавстві України та судовій практиці існують і на теперішній час.

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

Так, на першому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, ще за часів Київської Русі у Руській Правді містилися норми, які дозволяли окремим категоріям спеціально уповноважених осіб держави застосовувати зброю, без розкриття підстав та порядку її застосування, під час виконання княжих велінь, кровної помсти, гоніння сліду (переслідування та затримання злочинця), розшукування язичників, а за часів князя Володимира Великого — під час виконання таких покарань, як «потоку і пограбування», головництва (вбивства), продажу в рабство. До таких спеціально уповноважених осіб держави відносилися дружинники, намісники, посадники, мечники, отроки, які разом виконували поліцейсько-судові функції [5, с. 24].

Таким же чином не було належного правового регулювання застосування сили спеціально уповноваженими особами держави у другому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, за часів Гетьманщини та Московського царства у зв'язку з відсутністю спеціального органу — поліції. За часів Гетьманщини ці функції покладалися на довбишів, отаманів, охоронців, осавулів, які здійснювали як розшук різних категорій злочинців — харцизів, гультяїв, гайдамаків, що грабували купецькі каравани, так і охорону громадського порядку. У Московській державі ці функції покладалися на сотників, десятських, губних старост, губних дяків, які здійснювали розшук та затримання розбійників, «татей», вбивць та «паліїв», а також завідували в'язницями. Під час виконання своїх службових обов'язків сотники, десятські, губні старости, губні дяки мали право захищатися від злочинів та нападів на себе або на інших осіб відповідно до існуючих у той час норм про необхідну оборону.

Лише в 1718 році, під час третього періоду розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від сус-

пільно небезпечного посягання, Петро I створив спеціальний державний орган — поліцію і надав їй досить широкі повноваження у сфері розслідування та розкриття злочинів, розшуку та переслідування злочинців, на підставі «Пунктів, даних Санкт-Петербургському Генерал-Поліцмейстеру» від 25 травня 1718 року. Саме у третьому періоді і розпочалося закріплення на законодавчому рівні положень про застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при захисті від суспільно небезпечних посягань під час несення ними служби [5, с. 25].

Норми про застосування фізичної сили та зброї поліцмейстерами, городовими наглядачами, квартальними наглядачами, приставами, прикордонною вартою визначалися на основі існуючих у той час загальних норм про необхідну оборону для населення. Розглянемо цю залежність на прикладі положень про застосування фізичної сили та зброї митними органами, які закріплювалися у Зводі законів 1832 року. В томі VI Зводу, норми якого були присвячені діяльності митних установ, передбачалась можливість застосування сили прикордонною вартою. Безпосередньо у ст. 375 Зводу законів вказувалось, що прикордонна варта, не чекаючи нападу з переважаючою силою, мала право робити постріли в скопище бажаючих незаконно переправитися через кордон. Якщо ж напад на прикордонну варту відбувався з наміром завдати побої, то ст. 378 Зводу законів допускала можливість застосування прикордонниками холодної та вогнепальної зброї, і вчинене ними при цьому вбивство або заподіяння шкоди здоров'ю нападника не тягло за собою покарання за умови, що прикордонники першими не розпочали бійку.

В Особливій частині Уложення 1832 року про застосування зброї спеціально уповноваженими особами держави зазначалось в статтях 331 та 362. Стаття 331 вказувала, що вбивство не ставиться в провину, коли вартовий, караульний, патруль або варта вб'є нападника при нападі на них, відбиваючи силу

силою. Далі в цій статті говорилося про випадки, коли вбивство може бути скоєно вартовим або патрульним під час оборони від насильницького нападу, який загрожував їх життю. У статті 362 йшлося про заподіяння тілесних ушкоджень вартовим або патрульним під час несення ним служби у складі варти або патруля і вказувалося про те, що такі дії не вважалися злочином за наявності умов, передбачених у статті 331 [5, с. 25].

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

1) коли на них здійснено озброєний напад;

2) коли на них здійснено неозброєний напад, але групою осіб, й іншого способу відбити цей напад не було;

3) для оборони інших осіб від нападу;

4) при затриманні злочинців, коли вони будуть протидіяти цьому затриманню насильницькими діями, або коли буде неможливо переслідувати чи наздогнати втікаючих злочинців;

5) при втечі арештантів, коли неможливо наздогнати їх або коли вони чинять опір насильницькими діями [5, с. 26].

Аналізуючи ці правила про застосування зброї поліцейськими та жандармськими чинами, професор, доктор поліцейського права Росії І. Тарасов у 1886 році зазначав, що кращою поліцією є поліція неозброєна, однак оскільки вона озброєна з голови до ніг не тільки холодною, але і вогнепальною зброєю (наприклад, поліцейські стражники були озброєні гвинтівкою і шашкою), то застосування цієї зброї повинно було бути негайно унормоване законом, а тому закон 1879 року є з цієї точки зору запізнілим, оскільки така зброя була у поліції та жандармерії ще з 1859 року.

Під час четвертого періоду розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, до 1917 року суттєвих змін у правовому регу-

люванні правил та випадків застосування зброї поліцейськими та жандармськими чинами не відбулося. Зміни відбулися лише у структурі поліцейського апарату і були пов'язані із створенням адміністративно-поліцейських органів на місцях та Міністерства поліції, яке у подальшому перетворилося у Міністерство внутрішніх справ. Основними актами, що продовжували регулювати поліцейську діяльність на початку XX століття, були «Статут про попередження й припинення злочинів» 1833 року та «Положення про земську поліцію» 1837 року [40, с. 4; 183, с. 127].

Подальше вдосконалення положень законодавства про застосування сили поліцією під час виконання обов'язків служби відбулося вже у п'ятому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, за часів радянської держави на українських землях. Спочатку, після Жовтневої революції та створення СРСР, протягом певного часу застосування фізичної сили та зброї радянською міліцією було ненормоване. Це було пов'язано із необхідністю придушення повстань та заворушень проти радянської влади, що здійснювалося за допомогою виняткових заходів. Так, за пияцтво, спекуляцію, продаж спиртних напоїв, хуліганство зброя застосовувалась на місці без будь-яких обмежень, і ці злочини зазвичай карались розстрілом. Всі невідомі особи, які намагалися втекти при затриманні їх міліціонерами, повинні були розстрілюватися на місці.

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

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

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

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

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

ґ) затримання злочинця і піймання арештанта, дезертира, що втекли з-під варти, коли наздогнати і затримати їх не можна інакше, як шляхом застосування зброї [5, с. 27].

Отже, можна зазначити, що інструкція надавала міліціонерам достатньо широкий перелік випадків для застосування вогнепальної зброї при захисті від суспільно небезпечного посягання у формі нападу і відносила можливість та допустимість застосування зброї у всіх випадках на розсуд міліціонерів, що на практиці призводило до зловживання ними цим правом.

Подальший розвиток законодавства про застосування фізичної сили та зброї працівниками міліції поступово був направлений на його певну демократизацію та обмеження права на застосування зброї встановленими у законі випадками. У 1973 році Рада Міністрів СРСР затвердила Положення про радянську міліцію. Також 8 червня 1973 року за Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про загальні обов'язки та права радянської міліції по охороні громадського порядку та боротьбі зі злочинністю» як крайній захід працівникам міліції було надано право застосовувати зброю у наступних випадках:

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

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

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

г) для затримання злочинця, який чинить збройний опір чи якого застали при скоєнні особливо небезпечного злочину, чи злочинця (за винятком жінок та неповнолітніх), що намагається втекти з-під варти, коли іншими способами і засобами затримати цих злочинців неможливо [5, с. 28].

Після проголошення незалежності України у 1991 році, на шостому періоді розвитку обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, правовими засадами застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї стали спеціальні закони, прийняті Верховною Радою України, та підзаконні нормативні акти, якими регулювалися підстави та порядок застосування сили спеціально уповноваженими особами держави. До спеціальних законів відносяться: Закон України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. (в існуючому на той час СРСР йому відповідав за аналогічною структурою та положеннями Закон СРСР «Про радянську міліцію» від 6 березня 1991 р.); Закон України «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р.; Військові статути Збройних Сил України, а саме: «Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» та «Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» від 24 березня 1999 р.; Закон України «Про Збройні Сили України» від 6 грудня 1991 р.; Митний кодекс України від 13 березня 2012 р.; Податковий кодекс України від 2 грудня 2012 р.; Закон України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» від 26 березня 1992 р. тощо. Кожен з цих законодавчих актів регулює порядок і підстави застосування захо-

дів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї для відповідної категорії спеціально уповноважених осіб держави. Найбільш загальними серед цих спеціальних законів є Закон України «Про міліцію» та Військові статути Збройних Сил України, які визначають порядок та підстави застосування сили двома найбільш розповсюдженими категоріями спеціально уповноважених осіб — працівниками міліції та військовослужбовцями. У багатьох інших спеціальних законах містяться посилання про те, що застосування сили відповідною категорією спеціально уповноважених осіб держави (наприклад, військовослужбовцями та працівниками Державної прикордонної служби України, військовослужбовцями Управління державної охорони України тощо), здійснюється згідно із нормами про застосування сили Закону України «Про міліцію» або Військових статутів Збройних Сил України.

Розглянемо випадки, при яких у спеціально уповноваженої особи держави виникає право на застосування зброї за цими законодавчими актами. Відповідно до ст. 15 сучасного Закону України «Про міліцію» працівники міліції як крайній захід мають право застосовувати вогнепальну зброю у таких випадках:

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

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

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

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

5) для затримання особи, яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також озброєної особи, яка погро-

жує застосуванням зброї та інших предметів, що загрожує життю і здоров'ю працівника міліції;

б) для зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження, якщо водій своїми діями створює загрозу життю чи здоров'ю громадян або працівника міліції [29, с. 17–18].

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

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

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

– для відбиття нападу на об'єкти, що охороняються військовослужбовцями, а також для звільнення цих об'єктів у разі захоплення;

– у разі спроби насильного заволодіння зброєю, бойовою та іншою технікою, якщо іншими способами і засобами неможливо припинити цю спробу [141, с. 10].

Згідно із п. 60 Закону України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» військовослужбовці мають право на застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів або зброї — крайнього заходу, який допускається у виняткових випадках і в порядку, визначеному в цьому Статуті та Статуті внутрішньої служби Збройних Сил України. Начальник патруля має право особисто застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби або зброю чи віддати патрульним наказ застосовувати їх лише за таких обставин:

– для захисту військовослужбовців, а в разі потреби й цивільних осіб, від нападу, що загрожує їхньому життю і здоров'ю, якщо іншими способами захистити їх неможливо;

– для відбиття групового або збройного нападу на патруль, якщо життю або здоров'ю начальника патруля чи патрульних загрожує безпосередня небезпека;

– під час затримання особи, яка чинить збройний опір, або озброєної особи, яка погрожує застосуванням зброї та інших предметів, небезпечних для життя і здоров'я, або особи, яка намагається втекти з-під варти, якщо іншого способу затримати їх немає [141, с. 228].

На рівні підзаконних актів, якими регулюються порядок та підстави застосування сили спеціально уповноваженими особами держави, можна відзначити «Положення про Державну службу охорони при Міністерстві внутрішніх справ», затверджене Постановою КМУ № 615 від 10.08.1993 р., яким регулюється такий порядок та підстави для працівників Державної служби охорони, Постанову КМУ № 1953 від 25.12.2002 р. «Про деякі питання застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї посадовими особами митної служби» тощо. У такому ж вигляді положення законодавства (спеціальних законів та підзаконних актів) про застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при захисті від суспільно небезпечних посягань зберігаються і на теперішній час.

Узагальнюючи проведене дослідження в історичній ретроспективі, можна зазначити, що необхідна оборона, уявна оборона та захист спеціально уповноваженими особами держави від суспільно небезпечних посягань шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та зброї пройшли досить складну історію становлення та розвитку у кримінальному законодавстві, що існувало на українських землях. Це було пов'язано із тим, що держава розглядала, зокрема, необхідну оборону спочатку як злочин, який за певних обставин не карається. І лише в кінці XIX — на початку XX століття

виникло розуміння необхідної оборони як природного невід'ємного права людини, використання якого виключає саму злочинність діяння. Уявна оборона довгий час взагалі не розглядалася як обставина, що виключає злочинність діяння, та навіть у кримінальному законодавстві радянського періоду існувала виключно на рівні узагальнень судової практики. І лише в період незалежності української держави у Кримінальному кодексі України 2001 року вона була визначена у якості самостійної обставини, що виключає злочинність діяння, яка відрізняється від необхідної оборони. Таким же чином застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при захисті від суспільно небезпечних посягань не мало належного правового регулювання до кінця XIX століття, на рівні законодавчих положень визначилося лише за часів радянського періоду і остаточно виокремилось у відповідний згуртований масив правових норм у спеціальних законах тільки в період незалежності української держави. Подальший розвиток кримінального законодавства щодо цих правомірних вчинків (обставин), які виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, як свідчить проведене історичне дослідження, повинен спрямовуватися у напрямку розширення та удосконалення окремих аспектів їх кримінально-правового регулювання, в тому числі і на рівні узагальнень судової практики, та відповідної законодавчої конкретизації.

Розглянувши історію розвитку обставин, які виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання до сучасного періоду, нам потрібно тепер для подальшого їх теоретичного та практичного дослідження дослідити також сформовану у сучасному кримінальному праві України, в першу чергу завдяки науковим працям Ю. В. Бауліна, теоретичну модель юридичного складу сучасної обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Загалом юридичний склад обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, представляє собою систему взаємопов'язаних і взаємодіючих компонентів (складових частин), що характеризуються певними ознаками, необхідними і достатніми для характеристики діяння, пов'язаного із вимушеним заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам, як незлочинного. Ю. В. Баулін називає його «складом правомірного вчинку, який виключає злочинність діяння» і визначає як систему юридичних ознак суб'єкта, об'єкта, суб'єктивної та об'єктивної сторони вчинку, що характеризують його у якості суспільно корисного або соціально допустимого. Звідси випливає, що склад такого вчинку завжди має місце там, де вчинене діяння відповідає всім без виключення ознакам, передбаченим у законі. І навпаки, невідповідність діяння одній із таких ознак свідчить про відсутність даного складу вчинку і наявність іншого (правомірного або протиправного). Крім того, склад правомірного вчинку є необхідною і достатньою підставою для кваліфікації його як такого, що виключає злочинність діяння [6, с. 138].

Поряд із загальновизнаним в теорії кримінального права поняттям юридичного складу обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, як системи певних компонентів (суб'єкта, об'єкта, об'єктивної сторони та суб'єктивного контролю), питання щодо того, які компоненти його утворюють і як вони співвідносяться між собою, вирішується неоднозначно. Так, Е. Благов визначає юридичний склад як сукупність необхідних і достатніх ознак, що дозволяють не вважати діяння, передбачене Особливою частиною кримінального законодавства, злочином, і виділяє три групи ознак, які включаються до цього юридичного складу. Першу групу складають ознаки, які відносяться до фактора, що обумовлює саме діяння: дійсність, наявність. Другу групу складають ознаки, які

відносяться до усунення відповідного фактора злочинності, тобто їх метою є усунення фактора злочинності, а способом виконання мети — заподіяння шкоди. Третю групу складають ознаки, які відносяться до заподіяння шкоди інтересу, який неможливо зберегти недоторканим, і до відповідності заподіяної шкоди меті правомірного вчинку. Як зазначає Е. Благов, такий юридичний склад повинен характеризувати не стільки саме діяння, скільки ті умови, в яких воно проходить і які дозволяють не вважати його злочином при підпаданні під ознаки того, що передбачено Особливою частиною КК України [7, с. 80–81]. Зрозуміло, що з такими висновками неможливо погодитись, оскільки юридичний склад обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, як склад правомірного суспільно корисного чи соціально допустимого вчинку не може зводитися лише до описання характерних його ознак і повинен містити певні структурні елементи (компоненти).

Більшість науковців, і в першу чергу Ю. В. Баулін, в юридичний склад обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, включають чотири складових елементи: об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону. Найбільш широку кількість елементів запропонував саме Ю. В. Баулін, який визначив, що юридичний склад обставини, яка виключає злочинність діяння (правомірного вчинку), в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, за своєю динамікою виникнення та здійснення складається із наступних елементів:

- правова та фактична підстава;
- об'єкт;
- об'єктивна сторона;
- суб'єкт;
- суб'єктивна сторона (суб'єктивний контроль, мотив та мета) [6, с. 145].

Безпосередньо в реальній дійсності можуть бути виявлені й інші елементи, або, навпаки, деякі із вказаних елементів можуть бути відсутніми, однак у загальному вигляді вказана послідовність елементів у своїй сукупності зберігає силу для будь-якої обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання [6, с. 145–146].

Розглянемо більш детально кожен із цих елементів.

Правовою підставою для вчинення правомірного вчинку є різні фактори оточуючої дійсності, які загрожують заподіянням шкоди або фактично її заподіюють. Тобто в якості правової підстави, необхідної для застосування обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, виступає певна небезпека, яка заподіює або може заподіяти шкоду правоохоронюваним інтересам. Характер і ступінь такої небезпеки безпосередньо залежить від цінності об'єкта, на який вона направлена, і, відповідно, від рівня шкоди, який може бути завданий цьому об'єкту. Це дає можливість класифікувати фактори, які створюють правову основу (підставу) для застосування обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, на дві групи: а) ті, що складають велику суспільну небезпеку заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам; б) ті, що складають відносно невелику суспільну небезпеку заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам. Така класифікація факторів використовується законодавцем для визначення у кримінальному законі дозволених меж заподіяння шкоди з метою усунення цієї небезпеки [6, с. 159].

Фактичною підставою для вчинення правомірного вчинку є необхідність в негайному заподіянні шкоди, яка викликана обстановкою, що склалася у зв'язку з виникненням небезпеки. Така обстановка характеризується різними критеріями навколишнього середовища, наприклад, часом доби, місцем

виникнення небезпеки, впливом погодних умов тощо. В будь-якому випадку така обстановка повинна викликати необхідність в заподіянні шкоди об'єктам кримінально-правової охорони з метою усунення небезпеки. В тому випадку, якщо вона не викликає необхідність у застосуванні певної обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, відсутня фактична підстава правомірного вчинку і заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони стає невиправданим [6, с. 162].

Суб'єктами правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є осудні фізичні особи, які досягли встановленого законом віку для притягнення до кримінальної відповідальності. Суб'єкти можуть бути як загальними (звичайні громадяни), так і спеціальними (наприклад, працівники правоохоронних органів, військовослужбовці тощо) [6, с. 166]. Ознаки суб'єкта, як правило, впливають на коло тих обставин, що виключають злочинність діяння, які можуть до них застосовуватись, а також на кримінально-правові наслідки перевищення меж розглядуваних обставин. При цьому суб'єктами правомірних вчинків можуть бути не лише ті особи, які зазнали небезпеки, а й інші сторонні особи, які виступили на допомогу або захист потерпілої особи.

Об'єктом правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є певна соціальна цінність, проти якої направлений цей вчинок і якій суб'єкт цього вчинку заподіює певну шкоду для досягнення суспільно корисних цілей. При цьому шкода, яка заподіюється правомірним вчинком, повинна бути направлена лише на ті об'єкти, які пов'язані із небезпекою, і заподіяння їм шкоди необхідно для попередження або усунення цієї небезпеки. Специфіка об'єктів обставин, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, полягає у тому, що вони

завжди входять до числа об'єктів кримінально-правової охорони від схожих злочинних посягань і поставлені під охорону кримінального закону (наприклад, життя, здоров'я, власність людини, державна таємниця, суспільний порядок тощо). Відповідно, якщо шкода заподіюється об'єктам, які не охороняються нормами кримінального закону, то і не виникає проблеми визначення обставин, що виключають злочинність діяння. Кожна обставина, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, має своє коло об'єктів кримінально-правової охорони, наприклад для необхідної оборони такими об'єктами виступають життя і здоров'я, права і свободи, власність особи, що здійснює суспільно небезпечне посягання [6, с. 175].

Об'єктивна сторона обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, представляє собою зовнішню сторону правомірного вчинку і розглядається як процес правомірного заподіяння шкоди об'єкту цієї обставини. Такий процес розпочинається із дії або бездіяльності суб'єкта і закінчується настанням певних правових наслідків. Таким чином, до складу об'єктивної сторони правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, входять наступні елементи: 1) діяння (дія або бездіяльність) суб'єкта вчинку, виконане певним способом і в певних об'єктивно-предметних умовах обстановки; 2) зміна в об'єкті вчинку, яка викликана цією дією або бездіяльністю; 3) причинно-наслідковий зв'язок між здійсненним суб'єктом вчинку діянням і зміною в об'єкті, яка є його наслідком (результатом) [6, с. 176–177].

Першим елементом об'єктивної сторони обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є діяння особи, що здійснює правомірний вчинок, яке передбачає її активну або пасивну поведінку і, відповідно, може проявлятися у формі

дій або бездіяльності в певних об'єктивно-предметних умовах обстановки. Разом з тим суб'єкт правомірного вчинку може використовувати певні способи вчинення дій (бездіяльності). Спосіб вчинення дій (бездіяльності) може бути визначений як послідовність рухів та прийомів, які застосовуються суб'єктом при вчиненні правомірного вчинку із можливим використанням при цьому різних засобів для досягнення суспільно корисної цілі. Здійснені особою дії (бездіяльність) повинні (повинна) підпадати під ознаки певного злочинного діяння, наприклад, нанесення побоїв, різної тяжкості тілесних ушкоджень, вбивства, знищення або пошкодження майна. Вчинення інших дій (бездіяльності), які не підпадають під ознаки злочинного діяння і не мають кримінально-правового значення, повинно розглядатися у рамках інших галузей права. До об'єктивно-предметних умов, при яких відбувається правомірний вчинок, відносяться місце, час та обстановка його вчинення [6, с. 178–179].

Другим елементом об'єктивної сторони обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є зміна в об'єкті вчинку, яка викликана дією або бездіяльністю суб'єкта. В абсолютній більшості випадків ця зміна в об'єкті вчинку проявляється у формі заподіяння йому певної шкоди. В залежності від того, чи є такий об'єкт матеріальним або нематеріальним благом, можна визначити наступні види шкоди, яка заподіюється об'єкту правомірного вчинку: матеріальна і нематеріальна. В свою чергу, матеріальна шкода може бути фізичною (наприклад, заподіяння тілесних ушкоджень, смерті, фізичного болю), майновою (наприклад, знищення або пошкодження майна), особистою (порушення особистих прав і свобод, наприклад, права на свободу і особисту недоторканність людини) тощо. Загальною особливістю матеріальної шкоди є саме її зовнішні характеристики, які можливо оцінити через певні критерії та визначити їх розмір. Нематеріальна шкода також поділяється на

певні підвиди: моральну, соціальну, політичну тощо. Особливістю нематеріальної шкоди є те, що її неможливо визначити за допомогою певних формальних критеріїв і, відповідно, встановити її розмір. При цьому в будь-якому випадку заподіяна матеріальна чи нематеріальна шкода об'єкта правомірного вчинку не повинна перевищувати допустимих меж, які встановлені у кримінальному законі [6, с. 182–183].

Третім елементом об'єктивної сторони обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є причинно-наслідковий зв'язок між здійсненим суб'єктом вчинку діянням і зміною в об'єкті, яка є його наслідком (результатом) [6, с. 193]. Це означає, що зміна в об'єкті правомірного вчинку повинна бути здійснена в результаті зусиль самого суб'єкта. Якщо в процесі вчинення правомірного вчинку суб'єкт заподіює шкоду іншим об'єктам, які не пов'язані із небезпекою, що виникла, то його дії не будуть підпадати під юридичний склад правомірного вчинку. В цьому випадку може мати місце казус — випадкове заподіяння шкоди, не пов'язане із небезпекою, або кримінальна відповідальність на загальних підставах.

Суб'єктивна сторона правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, характеризується психічним ставленням суб'єкта до небезпеки та до вчинених ним дій, направлених на попередження або припинення небезпеки. Для обставин, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, характерна свідома вольова регуляція суб'єктом своєї поведінки. Деякі вчені вважають, що суб'єктивну сторону розглядуваних обставин, як і суб'єктивну сторону злочину, складають умисел та необережність [168, с. 63; 132, с. 27]. Однак, така позиція не знайшла широку підтримку, оскільки вину суб'єкта при вчиненні злочину неможливо прирівняти до психічних процесів, які відбуваються в свідомості суб'єкта під час вчинення суспільно

корисних чи соціально допустимих діянь. Тому такі вчені, як Ю. В. Баулін, Н. Н. Паше-Озерський, пропонують виділяти інтелектуальний та вольовий момент при розгляді суб'єктивної сторони правомірних вчинків, називаючи її суб'єктивним контролем, який характеризується усвідомленням суб'єктом скоєної ним дії (бездіяльності), передбаченням і бажанням настання конкретного результату [6, с. 193–194].

Інтелектуальний момент суб'єктивного контролю характеризує ті психічні процеси, які відбуваються в свідомості суб'єкта при вчиненні ним правомірного вчинку, направленого на заподіяння шкоди об'єкту і означає усвідомлення та передбачення суб'єктом фактичних, об'єктивних ознак здійснюваного ним діяння (в першу чергу їх суспільної корисності чи соціальної допустимості) і його результату [6, с. 196]. Тобто, наприклад, при необхідній обороні суб'єкт усвідомлює, що наносить удари для захисту від суспільно небезпечного посягання з метою досягнення суспільно корисної чи соціально допустимої цілі і передбачає наслідки таких ударів для нападника. Складовими елементами свідомості суб'єкта при цьому є мотивація вчинку, характер і міра усвідомлення суб'єктом здійснюваних ним дій, наслідків цих дій і їх юридичної та соціальної значимості. Крім того, якщо правомірний вчинок здійснюється спеціальним суб'єктом (наприклад, працівником правоохоронного органу, військовослужбовцем, медичним працівником), то його особливе правове становище також повинно відображатися у його свідомості. Наприклад, при застосуванні заходів адміністративного примусу до правопорушника під час охорони громадського порядку працівник міліції повинен усвідомлювати, що він діє як представник влади і його завдання полягає в першу чергу в мирному забезпеченні громадського порядку, а застосування до порушника заходів фізичного впливу, спеціальних засобів або вогнепальної зброї можливо лише в тому випадку, якщо були використані всі інші мирні заходи і вони не забезпечили виконання покладених на міліцію обов'язків.

Вольовий момент суб'єктивного контролю полягає у бажанні суб'єкта заподіяти певну шкоду тому чи іншому об'єкту правомірного вчинку, оскільки така шкода є необхідним засобом для досягнення поставленої суспільно корисної чи соціально допустимої цілі. Якщо суб'єкт прагне заподіяти шкоду об'єкту вчинку з метою досягнення іншого, не суспільно корисного результату, то його дії в такому випадку не будуть утворювати юридичного складу обставини, що виключає злочинність діяння [6, с. 199].

Таким чином, ми бачимо, що із вольовим моментом суб'єктивного контролю при вчиненні правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, досить тісно пов'язані мотив і мета такого вчинку. Мотивом правомірного вчинку є усвідомлене конкретне внутрішнє переконання (прагнення чи спонукання) суб'єкта до вчинення цілеспрямованих правомірних дій. Таке внутрішнє переконання можуть складати потреби та інтереси не лише самого суб'єкта, але і різних соціальних груп, суспільства та держави. При цьому мотиви особистого характеру досить часто можуть співпадати із мотивами суспільними, наприклад, при бажанні захистити життя і здоров'я інших осіб від небезпеки. Мотиви обставин, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, у нормах кримінального права не визначені і можуть бути різними. До них, зокрема, відносяться: прагнення уникнути небезпеки, природний інстинкт самозбереження, пріоритет державних або суспільних інтересів, бажання проявити себе, бажання виконати свої службові, професійні або громадянські обов'язки, прагнення захистити від небезпеки своїх рідних або виконати норми моралі при захисті від небезпеки інших осіб тощо [6, с. 166–167].

Мотив правомірного вчинку досить тісно пов'язаний із його метою, оскільки вони є взаємопов'язаними та взаємообумовленими і у своїй сукупності визначають направленість

діяння на досягнення суспільно корисних чи соціально допустимих цілей. Метою правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є той конкретний запланований результат, який прагне досягнути суб'єкт, здійснюючи цей вчинок. Очевидно, що мета виникає раніше, ніж може бути отриманий запланований результат, причому часовий інтервал між цими двома моментами може бути достатньо значним. При цьому така мета правомірного вчинку чи, іншими словами, обставини, що виключає злочинність діяння, завжди повинна бути суспільно корисною або соціально допустимою, однак вона не завжди може бути досягнутою. В залежності від ступеня можливостей особи щодо усунення небезпеки (ступеня готовності відповідних заходів для досягнення певного результату) Ю. В. Баулін виділяє найближчу, проміжну та кінцеву мету в обставинах, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання. Найближчою метою виступає заподіяння певної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони, проміжною — попередження чи припинення небезпеки, а кінцевою — забезпечення захисту правоохоронюваних інтересів. При цьому найближча мета, яка спирається на існуючі сформовані у особи можливості, безпосередньо підпорядковується проміжній меті, що спирається на віддалені можливості особи, а проміжна мета, в свою чергу, залежить від кінцевої мети правомірного вчинку (результату, який бачить перед собою особа, здійснюючи такий вчинок). Також треба зазначити, що суспільно корисна чи соціально допустима мета обставин, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, досягається лише шляхом заподіяння певної шкоди об'єктам кримінально-правової охорони. При цьому в одних випадках, наприклад, при крайній необхідності, здійсненні службових владних повноважень (виконанні службового боргу), заподіяння шкоди є єдиним можливим засобом, а в інших

випадках, наприклад, при необхідній обороні, суб'єкт обирає такий засіб на власний розсуд. Однак у всіх цих випадках обов'язковою залишається вимога про те, щоб заподіяна об'єкту правомірного вчинку шкода не виходила за рамки поставленої мети [6, с. 169]. Отже, ми розглянули та проаналізували всі елементи теоретичної моделі юридичного складу сучасної обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Також окремо потрібно зазначити, що в сучасній науці кримінально права України існують й інші погляди стосовно юридичного складу обставини, що виключає злочинність діяння (правомірного вчинку), в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання. Наприклад, Ю. Мантуляк вважає, що зазначений юридичний склад містить: 1) загальну структуру; 2) специфічну конструкцію; 3) конкретний зміст. При цьому перші дві характеристики утворюють структурний аспект юридичного складу правомірного вчинку, а третя — його змістовний аспект. Загальна структура юридичного складу правомірного вчинку складається із: а) об'єкта правомірного вчинку, тобто таких правоохоронюваних інтересів людини, суспільства або держави в цілому, як одного із різновидів цінностей, яким може бути заподіяна шкода відповідним діянням; б) суб'єкта правомірного вчинку, тобто особи, яка його вчинила; в) об'єктивної сторони правомірного вчинку, тобто зовнішнього прояву діяння, а також тих обставин оточуючого середовища, які, на думку законодавця, впливають на визнання конкретного діяння правомірним вчинком; г) суб'єктивної сторони правомірного вчинку, тобто внутрішньої психологічної характеристики правомірної та корисної поведінки [72, с. 38].

Специфічна конструкція юридичного складу правомірного вчинку передбачає з'ясування питання, скільки юридичних фактів відображається в юридичній конструкції правомірного вчинку, яких саме значень у кожному елементі (об'єкті, об'єк-

тивній стороні, суб'єкті, суб'єктивній стороні) вони набувають і чи є якісь зв'язки між ними. З цього приводу В. Кудрявцев зазначає, що наявність тих чи інших категорій ознак ще не є достатньо повною характеристикою складу, оскільки категорії вказують на родову приналежність ознак і не володіють необхідною конкретністю [62, с. 74]. Так, ознакою об'єктивної сторони юридичного складу правомірного вчинку виступають наслідки діяння, однак для змалювання складу конкретної обставини, що виключає злочинність діяння, потрібно розкрити зміст такої ознаки. Наприклад, ознакою об'єктивної сторони крайньої необхідності є заподіяна шкода правоохоронюваним інтересам, яка повинна бути менш значною, ніж відвернена.

Конкретний зміст юридичного складу правомірного вчинку складається із змістовних характеристик його ознак, які повинні відповідати наступним вимогам: а) у поєднанні з іншими ознаками складу вчинку визначати суспільну корисність та правомірність діяння; б) відрізняти такий вчинок від інших різновидів обставин, що виключають злочинність діяння; в) бути прямо передбаченими у кримінальному законі або однозначно випливати із його тлумачення; г) не бути похідними від інших ознак; ґ) характеризувати, як правило, один конкретний елемент юридичного складу правомірного вчинку. Таким чином, для з'ясування змісту юридичного складу обставини, що виключає злочинність діяння, необхідно насамперед з'ясувати його внутрішню будову (загальну структуру та специфічну конструкцію), а згодом потрібно встановити конкретне характерне наповнення окремих юридичних фактів, які складають зміст структури вчинку [72, с. 39]. Як зазначає С. Д. Шапченко, наповнення відповідних значень юридичних фактів і зв'язків між ними конкретним змістом здійснюється шляхом їх змістовних характеристик, які традиційно можуть іменуватись ознаками юридичного складу злочину [58, с. 102].

Також Ю. Мантуляк формулює загальні підходи до визначення специфічної конструкції і конкретного змісту юридичного складу правомірного вчинку і розглядає їх із використанням у якості прикладу положень правових норм від такої обставини, що виключає злочинність діяння як виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації [72, с. 40–41]. Ми розглянемо такі підходи із використанням у якості прикладів положень правових норм із інших обставин, що виключають злочинність діяння, наприклад, із необхідної оборони, затримання особи, що вчинила злочин, застосування сили спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями) під час попередження, припинення або захисту від суспільно небезпечних посягань. Таким чином, ці загальні підходи полягають у тому, що:

а) основна частина елементів та ознак юридичного складу правомірного вчинку передбачена у диспозиції відповідної статті Загальної частини КК України. У цій статті або її частині, як правило, передбачаються ті елементи та ознаки юридичного складу правомірного вчинку, які наповнюють конкретний правомірний вчинок чи його різновид «якісною специфікою», тобто власним змістом, і тим самим дозволяють розмежовувати різні правомірні вчинки або окремі різновиди одного й того самого правомірного вчинку [72, с. 40]. Наприклад, у нормах про необхідну оборону основні її специфічні елементи та ознаки розташовані в ч. 1 ст. 36 КК України та дозволяють відмежовувати її різновиди, такі як необхідна оборона, вчинена у стані сильного душевного хвилювання (ч. 4 ст. 36 КК України) та необхідна оборона, вчинена при захисті від посягань із підвищеним рівнем суспільної небезпеки (ч. 5 ст. 36 КК України);

b) низка «додаткових» елементів та ознак юридичного складу правомірного вчинку міститься не у розділі VIII Загальної частини, а в інших статтях Загальної частини КК України. Це перш за все: елементи та ознаки, що стосуються суб'єкта злочину (вік, осудність, спеціальний суб'єкт), які

співпадають із елементами та ознаками суб'єкта правомірного вчинку; ознаки, які в загальній формі характеризують психічне ставлення суб'єкта до вчиненого діяння в цілому та до його наслідків; ознаки, які в загальній формі характеризують види вини; ознаки тяжкості злочинів, закріплені в ст. 12 КК України [72, с. 40]. Наприклад, для необхідної оборони, в тому числі і у випадку перевищення допустимих меж її застосування за статтями 118 та 124 Особливої частини КК України, ознаки та елементи, що можуть стосуватися її суб'єкта (вік, осудність) та його психічного ставлення до вчиненого діяння і наслідків такого діяння, будуть знаходитись у розділах III, IV, V Загальної частини КК України;

c) деякі елементи та ознаки юридичного складу правомірного вчинку встановлюються шляхом співставлення та системного аналізу кількох статей Особливої частини [72, с. 40]. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 36 та ч. 2 ст. 38 КК України перевищення меж необхідної оборони або перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у відповідних статтях Особливої частини КК. Отже, для з'ясування змісту, допустимих меж та ознак певних елементів юридичного складу необхідної оборони і правомірного затримання злочинця, потрібно звернутися до статей 118 «Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця» та 124 «Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця» Особливої частини КК України;

d) в деяких випадках для встановлення окремих ознак юридичного складу правомірного вчинку потрібно звернутися до законів, що не регулюють кримінально-правові відносини [72, с. 41]. Так, наприклад, для визначення правомірності застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженими особами

держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями) під час попередження, припинення або захисту від суспільно небезпечних посягань необхідно звернутися до відповідних адміністративно-правових законів, що регулюють їх службову діяльність, таких як Закон України «Про міліцію», Закон України «Про Службу безпеки України», Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність», Військові статути Збройних Сил України, Митний кодекс України, Закон України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» тощо;

e) окремі елементи юридичного складу правомірного вчинку та ознаки, що їх характеризують, визначаються шляхом тлумачення термінів та термінологічних зворотів у нормі статті тієї обставини, що виключає злочинність діяння [72, с. 41]. Наприклад, у ч. 1 ст. 36 КК України при визначенні поняття «необхідна оборона» використовуються такі термінологічні звороти, як «для негайного відвернення чи припинення посягання», «шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці». Шляхом тлумачення цих термінологічних зворотів можна визначити відповідні критерії, а саме те, що: шкода при необхідній обороні повинна бути необхідною і достатньою для негайного відвернення чи припинення посягання; необхідність і достатність заподіяної шкоди залежить також від оточуючої обстановки, яка склалася (включає у себе кількість осіб, що посягають, наявність у них зброї, раптовість суспільно небезпечного посягання, час доби, в який сталося посягання тощо). Ці критерії мають значення при характеристиці об'єктивної сторони необхідної оборони та дотримання її меж. Також за допомогою тлумачення цих термінологічних зворотів можна встановити мету необхідної оборони, яка полягає у необхідності негайного відвернення чи припинення суспільно небезпечного посягання.

Таким чином, ми розглянули питання про те, що, крім юридичного складу обставини, яка виключає злочинність

діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, може існувати також характеристика її елементів через такі категорії, як специфічна конструкція та конкретний зміст, і окремі вчені на основі цих категорій формулюють відповідні загальні підходи для їх визначення.

Тепер нам потрібно дослідити саму структуру правових норм, які у сучасному кримінальному праві України регулюють обставини, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання. Такі правові норми за своєю структурою складаються із трьох елементів: гіпотези, диспозиції та санкції [6, с. 113].

Гіпотеза такої групи правових норм представляє собою частину правової норми, в якій містяться вказівки на ті життєві ситуації (випадки, підстави), при яких можливо вчиняти правомірний вчинок, закріплений у диспозиції. Наприклад, у нормах про необхідну оборону гіпотезою, відповідно до ч. 1, 2 ст. 36 КК України, виступає вчинення особою суспільно небезпечного посягання, яке потребує негайного відвернення або припинення (правова підстава). У нормах про уявну оборону гіпотезою, відповідно до ч. 1 ст. 37 КК України, виступає помилкове припущення особи про наявність реального суспільно небезпечного посягання, яке потребує негайного відвернення або припинення (правова підстава). При застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави у випадку захисту від суспільно небезпечних посягань (здійсненні службових владних повноважень, виконанні службового боргу) гіпотезою виступає встановлений спеціальним законом перелік випадків, при настанні яких дозволяється застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби або вогнепальну зброю. Наприклад, для такої категорії спеціально уповноважених осіб держави, як працівники міліції, відповідно до ст. 14 Закону України «Про міліцію» заподіяння шкоди із застосовуванням спеціальних засобів можливо у наступних випадках: для захисту громадян і самозахисту від нападу та

інших дій, що створюють загрозу їх життю або здоров'ю; для припинення масових безпорядків і групових порушень громадського порядку; для затримання і доставки в міліцію або інше службове приміщення осіб, які вчинили правопорушення, а також для конвоювання і тримання осіб, затриманих і підданих арешту, взятих під варту, якщо зазначені вище особи чинять опір працівникам міліції або якщо є підстави вважати, що вони можуть вчинити втечу чи завдати шкоди оточуючим або собі тощо [29, с. 16]. Таким чином, ми бачимо, що загалом гіпотеза здійснює ситуаційну прив'язку моделі правомірного вчинку до певного виду небезпеки [6, с. 113].

Диспозиція такої групи правових норм описує правила, зразки, межі, моделі правомірного вчинку суб'єктів відповідних правовідносин. Наприклад, для необхідної оборони диспозицією у ст. 36 КК України виступає описання механізму правомірного заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в обстановці, що склалася, для негайного відвернення чи припинення посягання і дотримання встановлених у кримінальному законі меж для заподіяння такої шкоди. Для уявної оборони диспозицією у ст. 37 КК України виступає описання механізму правомірного заподіяння шкоди при помилковому припущенні особи про наявність реального суспільно небезпечного посягання за негативної оточуючої обстановки і дотримання встановлених у кримінальному законі меж для заподіяння такої шкоди. При застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави у випадку захисту від суспільно небезпечних посягань (здійсненні службових владних повноважень, виконанні службового боргу) диспозицією буде виступати описання порядку та умов застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів або вогнепальної зброї спеціально уповноваженими особами держави. Наприклад, для такої категорії спеціально уповноважених осіб держави, як працівники міліції, умови та порядок заподіяння шкоди із застосуванням вогнепальної зброї, в тому числі пов'язані із

демонстративним приведенням її у бойову готовність, встановлюються у ст. 12, ч. 2 ст. 15, ст. 15[1] Закону України «Про міліцію». Також потрібно зазначити, що у загальному вигляді диспозиція такої групи правових норм носить імперативний характер, оскільки вказана у ній модель правомірної поведінки суб'єкта не може бути змінена по його волі, якщо він здійснює правомірний вчинок при наявності тих життєвих обставин, які вказані у гіпотезі [6, с. 113].

Санкція у нормах про обставини, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є заохочувальною і вказує на те, що модель поведінки, яка закріплена у диспозиції, не є злочином і не може тягнути за собою кримінальну відповідальність. При цьому така санкція або прямо передбачена у тексті правової норми, або її наявність безпосередньо випливає із відповідних правових приписів. Наприклад, у ч. 1 ст. 39 КК України «Крайня необхідність» щодо санкції за цей правомірний вчинок прямо вказується про те, що «не є злочином заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави...» [54, с. 20]. Правомірність застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженими особами держави при захисті від суспільно небезпечних посягань безпосередньо випливає із відповідних правових приписів у нормах, що регулюють їх діяльність. Наприклад, для такої категорії спеціально уповноважених осіб держави, як працівники міліції, щодо санкції за правомірний вчинок по застосуванню заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї при захисті від суспільно небезпечних посягань у ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міліцію» вказується, що «міліція має право застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби і вогнепальну зброю у

випадках і в порядку, передбачених цим Законом» [29, с. 16]. Тобто ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міліцію» вказує на правомірність дій працівників міліції щодо застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї у встановлених цим спеціальним законом випадках, і, відповідно, із цих правових приписів безпосередньо випливає відсутність кримінальної відповідальності при такому правомірному застосуванні. Крім таких заохочувальних санкцій, у нормах розглядуваних обставин, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, існують також санкції відповідальності, які передбачають застосування заходів державного примусу за вчинення особою дій, що не відповідають вимогам диспозиції зазначених норм. Наприклад, стосовно такої обставини, яка виключає злочинність діяння, як необхідна оборона, існує ч. 3 ст. 36 КК України, відповідно до якої перевищення меж необхідної оборони тягне за собою кримінальну відповідальність у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 КК України [54, с. 19]. У нормах про уявну оборону існують ч. 3, 4 ст. 37 КК України, за якими: при перевищенні меж захисту в умовах уявної оборони особа підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони; у випадку, коли особа не усвідомлювала відсутність реального суспільно небезпечного посягання, але могла у відповідній оточуючій обстановці це усвідомлювати, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність [54, с. 19]. Стосовно застосування сили при захисті від суспільно небезпечних посягань такою категорією спеціально уповноважених осіб держави, як працівники міліції, існує ч. 6 ст. 12 Закону України «Про міліцію», відповідно до якої перевищення працівниками міліції повноважень по застосуванню сили, в тому числі спеціальних засобів і зброї, тягне за собою відповідальність, встановлену законом [29, с. 16]. На підставі розглянутих положень та прикладів про санкцію можемо зро-

бити загальний висновок, що особливістю структури норм, які регулюють обставини, що виключають злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є наявність двох видів санкцій: заохочувальної санкції та санкції відповідальності [6, с. 117].

Узагальнюючи проведене у цьому підрозділі дослідження, можна зробити висновок, що обставини, які виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, пройшли досить складну історію формування та розвитку, у якій лише на кінцевому етапі відбулося їх виокремлення один від одного. Структура сучасної обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, є складним комплексом взаємопов'язаних між собою елементів та за своєю теоретичною моделлю юридичного складу містить такі загальні компоненти, як правову та фактичну підставу, об'єкт, суб'єкт, об'єктивну сторону і суб'єктивну сторону (суб'єктивний контроль, мотив і мету). Існуючі у сучасній науці кримінального права України різнопланові дослідження конструкції обставини, що виключає злочинність діяння, в тому числі і при захисті від суспільно небезпечного посягання, свідчать про те, що вона не є остаточною і в подальшому може розвиватись у напрямку розширення її елементів в залежності від глибини і досконалості таких досліджень.

1.2. Теоретичні напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання

Прийняття нового Кримінального кодексу України (далі — КК України) в 2001 році визначило черговий етап розвитку прав і свобод людини та громадянина у кримінальному праві та, відповідно, черговий етап розвитку обставин, що виключають злочинність діяння. Розділ VIII цього кодексу

закріплює набагато ширший порівняно із Кримінальним кодексом 1960 року перелік обставин (правомірних вчинків), що виключають злочинність діяння. Ці обставини дозволяють громадянам здійснювати правомірні суспільно корисні чи соціально допустимі вчинки, що є правовим забезпеченням реалізації ними своїх прав та свобод.

В даному підрозділі автори будуть розглядати можливі напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання обставин (правомірних вчинків), що виключають злочинність діяння, які виникають при захисті особи від суспільно небезпечного посягання. Для можливості визначення та розгляду таких напрямків удосконалення позначеної авторами групи правомірних вчинків у загальній системі обставин, що виключають злочинність діяння, потрібно провести ґрунтовне та всебічне дослідження цієї системи, а саме: а) розглянути у першу чергу правову природу і значення сучасного поняття «обставина, що виключає злочинність діяння» та її ознаки як правомірного вчинку; б) розглянути витоки утворення самої системи обставин, що виключають злочинність діяння у кримінальному праві України або, іншими словами, визначити їх місце в структурі кримінального права; в) розглянути існуючу систему обставин (правомірних вчинків), що виключають злочинність діяння, яка визначена у сучасному кримінальному законодавстві України, дослідивши при цьому всі можливі правомірні вчинки, які характеризуються не лише в кримінальному законодавстві, а і в науці кримінального права; г) дослідити систему правомірних вчинків, які визнані зарубіжними країнами у своєму кримінальному законодавстві у якості обставин, що виключають злочинність діяння; ґ) розглянути існуючу сучасну класифікацію правомірних вчинків (обставин), що виключають злочинність діяння у науці кримінального права України. На підставі проведеного дослідження та використовуючи матеріали попереднього підрозділу, ми зможемо: 1) визначити можливість структурної систематиза-

ції за певними критеріями у системі обставин, що виключають злочинність діяння певної групи правомірних вчинків, яких об'єднує захист особи від суспільно небезпечного посягання; 2) визначити можливі напрямки удосконалення поняття кожної обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, в тому числі використовуючи і зарубіжний досвід; 3) визначити можливі напрямки удосконалення юридичного складу та законодавчої конструкції кожної обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання; 4) розмежувати між собою обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання за відповідними критеріями; 5) розглянути можливість існування правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, які не закріплені у діючому кримінальному законодавстві України, однак відомі сучасній науці кримінального права; 6) дослідити можливість удосконалення положень кримінального законодавства про дотримання встановлених законом меж при вчиненні правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання; 7) дослідити можливість удосконалення кримінальної відповідальності за перевищення допустимих меж при вчиненні правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Розпочнемо із розгляду правової природи і характеристики сучасного поняття «обставина, що виключає злочинність діяння» та дослідження її ознак. Для початку потрібно відзначити, що будь-яке протиправне діяння, в тому числі і злочин, тягне за собою покарання. Однак із цього правила є певні виключення. Так, досить часто людина, а також службова особа змушена здійснювати різні вчинки, що за своїми зовнішніми ознаками збігаються з тим або іншим злочинним діянням (наприклад, з нанесенням тілесних ушкоджень, вбивством,

знищенням або пошкодженням майна, перевищенням влади із застосуванням зброї тощо), які, проте, не є суспільно небезпечними і кримінально протиправними, а навпаки, визнаються правомірними і, як правило, суспільно корисними чи соціально допустимими (наприклад, у випадках: нанесення тілесних ушкоджень або позбавлення життя того, хто посягає при захисті від його нападу; знищення або пошкодження майна при усуненні небезпеки, яка викликана пожежею; застосування зброї працівником міліції при припиненні тяжкого злочину або при затриманні небезпечного злочинця, який чинить опір тощо). У науці кримінального права такі правомірні суспільно корисні чи соціально допустимі вчинки називаються обставинами, що виключають суспільну небезпечність і протиправність, або, інакше кажучи, злочинність діяння [57, с. 288].

Кримінально-правовий інститут обставин, що виключають злочинність діяння, в різні періоди свого розвитку називався по-різному, і це питання й до теперішнього часу залишається дискусійним. Так, Н. С. Таганцев називав ці обставини такими, що знищують злочинність діяння [146, с. 542]. В радянський період ці обставини називались «обставинами, що виключають суспільну небезпечність», «обставинами, що виключають кримінальну відповідальність», «обставинами, що виключають кримінальну відповідальність і караність». В 1960–1970-ті роки сформувалась думка про те, що розглядувані обставини потрібно називати як такі, що виключають не лише суспільну небезпечність, але і протиправність діяння. На думку С. Ф. Мілюкова, додаткова вказівка на відсутність протиправності робить розуміння правової природи таких обставин більш повним та всебічним [77, с. 93]. Ю. В. Баулін вважає, що відсутність протиправності у вказаних обставинах, пов'язана із їх правомірністю. Така правомірність ґрунтується на відповідності обставин, що виключають злочинність діяння, нормам, передбаченим кримінальним правом чи іншими галузями права, а в окремих випадках — на їх відповідності

загальним принципам кримінального права, конкретизованим у принципах кримінально-правового інституту обставин, що виключають злочинність діяння [6, с. 32].

Саме поняття «обставина, що виключає злочинність діяння» в науці кримінального права формулюється по-різному. Найбільш вдале та всебічне її визначення сформулював, на думку авторів, Ю. В. Баулін наступним чином: «обставина, що виключає злочинність (суспільну небезпечність і протиправність) діяння — це передбачений різними галузями законодавства і зовні схожий зі злочином суспільно корисний (соціально допустимий) і правомірний вчинок, який здійснюється при наявності певних підстав та виключає суспільну небезпечність і протиправність діяння, а тим самим і кримінальну відповідальність особи за заподіяну шкоду» [6, с. 41]. В цьому визначенні існує вказівка на всесторонню правову регламентацію обставин, що виключають злочинність діяння, належним чином описані їх ознаки. Існують й інші визначення цього поняття, наприклад, В. В. Сташис характеризує такі обставини як передбачені Кримінальним кодексом та іншими нормативно-правовими актами зовнішньо подібні із злочинами суспільно корисні (соціально прийнятні) та правомірні вчинки, що виключають підставу кримінальної відповідальності за шкоду, заподіяну правоохоронюваним інтересам [57, с. 291]. Усереднено можемо визначити, що «обставини, які виключають злочинність діяння», представляють собою передбачені Кримінальним кодексом України, а також іншими законодавчими актами зовнішньо схожі зі злочинами суспільно корисні (соціально прийнятні) і правомірні вчинки, які здійснені за наявності певних підстав та виключають суспільну небезпечність і протиправність діяння, а тим самим і кримінальну відповідальність особи за заподіяну шкоду.

В науковій літературі існує думка, що такі обставини виключають лише суспільну небезпечність діяння. В обґрунтуванні прихильники цієї думки виходять із того, що суспіль-

на небезпечність є обов'язковою і головною матеріальною ознакою злочину, а тому її відсутність автоматично виключає і протиправність [159, с. 190]. В цьому твердженні не враховується той факт, що обов'язковою формальною ознакою злочину є його кримінальна протиправність. Тому, як зазначає Ю. В. Баулін, відсутність злочину має місце при відсутності не лише суспільної небезпечності діяння, але і його кримінальної протиправності. Потрібно мати на увазі і те, що суспільну небезпечність діяння виключають не лише суспільно корисні (соціально допустимі) і правомірні вчинки, але і діяння, які мають іншу соціально-юридичну природу (наприклад, малозначні діяння), об'єднання яких з цими обставинами не є виправданим [6, с. 38–39].

Тепер розглянемо систему загальних ознак, які характеризують обставини, що виключають злочинність діяння, за допомогою яких можна відрізнити ці правомірні вчинки від злочинів.

Перша з таких ознак полягає в тому, що всі обставини, які виключають злочинність діяння, представляють собою свідомі і вольові вчинки людини у формі дії (наприклад, при необхідній обороні) або бездіяльності (наприклад, у випадку ненадання допомоги при виконанні наказу), що викликані певними підставами [6, с. 18–19; 19, с. 75]. Виняток складає лише заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у результаті непереборного фізичного примусу, якщо внаслідок такого примусу особа не могла керувати своїми вчинками (ч. 1 ст. 40 КК України). Непереборний фізичний примус як обставина, що виключає волимість діяння, розглядається, насамперед, в розділі, який присвячений об'єктивній стороні злочину [57, с. 289]. Подібні вчинки, проте, можуть бути виправдані лише в тому випадку, якщо вони викликані винятковими подіями або процесами, тобто певними підставами, що й обґрунтовують необхідність таких вчинків. Якщо, наприклад, оборона становить собою заподіяння тому, хто посягає, шкоди, то її

підставою є суспільне небезпечне посягання, що викликає необхідність його негайного попередження або припинення. При крайній необхідності дія особи виражається в заподіянні шкоди різним правоохоронюваним інтересам (наприклад, чужому майну), і її підставою виступає небезпека, що йому загрожує (наприклад, пожежа, повінь), яку неможливо усунути в даній обстановці іншими засобами [6, с. 18–19].

Друга ознака полягає у зовнішній подібності (збігу) фактичних, видимих, об'єктивних ознак здійснюваних обставин, що виключають злочинність діяння і відповідного злочину (наприклад, позбавлення життя нападника при необхідній обороні збігається із зовнішніми ознаками такого складу злочину, як умисне вбивство, а застосування зброї працівником міліції при припиненні тяжкого злочину або затриманні небезпечного злочинця — із видимими ознаками такого складу злочину, як перевищення влади або службових повноважень) [57, с. 289]. У нормах чинного Кримінального кодексу України 2001 року така ознака при характеристиці обставин, що виключають злочинність діяння, у розділі VIII КК України безпосередньо не закріплюється, проте вона була передбачена у Кримінальному кодексі 1960 року, в якому існували статті 13 і 14, які характеризували необхідну оборону і крайню необхідність як «дії, що підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним кодексом...» [57, с. 289]. Про те, що будь-який вчинок підпадає під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом, можна говорити, якщо: а) дія або бездіяльність особи спрямована проти об'єкта кримінально-правової охорони; б) вчинене діяння відповідає фактичним, зовнішнім ознакам об'єктивної сторони того чи іншого складу злочину; в) це діяння вчинила особа, яка здатна бути суб'єктом відповідного злочину. Якщо вчинене діяння із зовнішньої сторони не збігається з тим чи іншим складом злочину, не можна навіть порушувати питання про наявність обставин, що виключають злочинність діяння [6, с. 24–26].

Третя ознака обставин, що виключають злочинність діяння, полягає у тому, що вони мають незлочинний характер і їм властива правомірність заподіяння шкоди. Ю. В. Баулін зазначає, що така правомірність вчинку ґрунтується на його відповідності нормам, передбаченим кримінальним чи іншими галузями законодавства, а в окремих випадках — загальним принципам кримінального права, які конкретизовані в принципах кримінально-правового інституту обставин, що виключають злочинність (суспільну небезпечність і протиправність) діяння [6, с. 32]. В. В. Сташис вказує, що така правомірність визначається або безпосередньою вказівкою на це в Кримінальному кодексі України (наприклад, в ч. 1 ст. 41 КК України вказується, що «дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження» [54, с. 20]), або через заперечення юридичної форми злочину, тобто через передбачуваність правомірного діяння у кримінальному кодексі. Наприклад, характеристика багатьох правомірних вчинків у розділі VIII КК України розпочинається словами «не є злочином...» [57, с. 290]. В основі правомірності цих вчинків лежить або здійснення суб'єктом свого суб'єктивного права, або виконання юридичного обов'язку, або здійснення певних владних повноважень. Тому правомірні вчинки знайшли своє відображення не лише в КК України, але і в інших законодавчих актах (наприклад, в Законах України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про оперативно-розшукову діяльність» тощо). До правомірних вчинків, що можуть бути передбачені іншими законодавчими актами, належать, зокрема, виконання професійних обов'язків, заподіяння шкоди зі згоди потерпілого, здійснення службових владних повноважень (виконання службових обов'язків, виконання службового боргу) тощо [6, с. 29–30; 57, с. 290].

Четверта ознака обставин, що виключають злочинність діяння, характеризує їх соціальну характеристику як суспільно корисних або соціально допустимих вчинків. Суспільно корисними є такі правомірні вчинки, які відповідають інтересам особи, суспільства або держави. Водночас це не виключає того, що в ряді випадків такі вчинки можуть і не бути суспільно корисними (наприклад, окремі випадки заподіяння потерпілому шкоди за його згодою, заподіяння шкоди в стані крайньої необхідності), але при цьому вони повинні визнаватися соціально допустимими (прийнятними) або суспільно нейтральними, але доцільними. Такий висновок відповідає положенням КК України, в якому обставини, що виключають злочинність діяння, характеризуються як незлочинні вчинки. Соціальний же зміст злочину кримінальний кодекс визначає через категорію суспільної небезпечності. Тому соціально допустимі або соціально нейтральні вчинки як незлочинні не є суспільно небезпечними [6, с. 33–34, 37; 57, с. 290].

П'ята ознака обставин, що виключають злочинність діяння, характеризує кримінально-правові наслідки вчинення таких правомірних вчинків, а саме те, що в результаті їх вчинення виключається кримінальна відповідальність особи за заподіяну шкоду. Ці наслідки випливають із того, що такі вчинки не визнаються злочинами, а тому вони виключають саму підставу кримінальної відповідальності та, відповідно, виключають і кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду. У зв'язку з цим розділ про обставини, що виключають злочинність діяння, невипадково розміщений в Загальній частині Кримінального кодексу України після приписів щодо вчинення злочину. Ю. В. Баулін зазначає, що в такому випадку не можна погодитись із твердженням окремих авторів, які відносять правомірні вчинки до підстав звільнення від кримінальної відповідальності і, відповідно, визначають «звільнення особи від кримінальної відповідальності» в якості однієї із ознак (кримінально-правового наслідку) такого вчинку. Звільнення від кримінальної відповідальності передбачає наявність для особи додаткових правових наслідків, таких як судимість, визнання її діяння злочином тощо [6, с. 40; 57, с. 290–291].

Тепер розглянемо витоки утворення самої системи обставин, що виключають злочинність діяння у кримінальному праві України. Загалом в науці кримінального права існує найбільш загальна категорія обставин, які виключають кримінальну відповідальність. Обставини, які виключають кримінальну відповідальність, можуть заперечувати підставу кримінальної відповідальності, ступінь суспільної небезпеки діяння, кримінально-правову форму та внутрішню структуру діяння. Тому вони представляють собою різного роду об'єктивні та суб'єктивні фактори, які впливають на характеристику діяння та виключають кримінальну відповідальність за його вчинення. Такі групи обставин мають різну соціальну та юридичну характеристику, але їх об'єднує загальна властивість, яка полягає у тому, що вони із різних сторін виключають підставу кримінальної відповідальності — злочинне діяння. При цьому в науці кримінального права виділяють чотири групи обставин, що виключають кримінальну відповідальність, в залежності від того, за якими факторами вони виключають злочинність діяння:

1) обставини, які виключають суспільну небезпечність, властиву злочинному діянню (наприклад, малозначні проступки);

2) обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння (наприклад, відсутність кримінально-правової заборони на суспільно небезпечне діяння в момент його вчинення);

3) обставини, що виключають ознаки складу злочину: суб'єкта, об'єкта, об'єктивної чи суб'єктивної сторони діяння (наприклад, неосудність, недосягнення особою встановленого кримінальним законом віку для притягнення до кримінальної відповідальності тощо);

4) розглядувані нами обставини, які виключають злочинність (суспільну небезпечність та протиправність) діяння (наприклад, необхідна оборона, уявна оборона, затримання особи, що вчинила злочин тощо) [6, с. 76]. Отже, ми визначили загальне місце обставин, що виключають злочинність діяння у системі кримінального права України.

Перейдемо до останнього теоретичного питання, пов'язаного із розглядом структури сучасної системи обставин, що виключають злочинність діяння, яка існує в теорії та науці кримінального права України. Це потрібно нам для виявлення тих правомірних вчинків, які не закріплені у діючому Кримінальному кодексі України, однак існують на рівні інших законодавчих актів чи розроблені в науці кримінального права України як такі, що виключають злочинність (суспільну небезпечність та протиправність) діяння. Також ми розглянемо зарубіжний досвід з цього питання, зокрема, визнані зарубіжними державами правомірні вчинки, що закріплені у їхньому кримінальному законодавстві в якості обставин, що виключають злочинність діяння.

Спочатку відзначимо, що, незважаючи на існування в теперішній час розгалуженої системи обставин, що виключають злочинність діяння, кримінальне право радянської України за часів СРСР досить довгий час закріплювало лише дві норми про правомірні вчинки, які регламентували необхідну оборону та крайню необхідність, однак і тоді досить гостро стояло питання про те, які правомірні вчинки потрібно виділяти як такі, що виключають злочинність діяння [152, с. 15].

Чинне кримінальне законодавство України у розділі VIII КК України передбачає вісім обставин, що виключають злочинність діяння:

1) необхідна оборона;
2) уявна оборона;
3) затримання особи, що вчинила злочин;
4) крайня необхідність;

5) фізичний або психічний примус;
6) виконання наказу або розпорядження;
7) діяння, пов'язане з ризиком;
8) виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Однак в юридичній літературі називають й інші, не передбачені кримінальним кодексом правомірні вчинки, які пропонують відносити до обставин, що виключають злочинність діяння. Якщо звернутися до історії розширеного тлумачення системи правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння, то можна побачити, що напрямки такого тлумачення виникли ще у далекому минулому. Так, ще за часів Російської імперії В. Платонов у якості правомірних вчинків виділяв необхідну оборону, крайню необхідність та виконання обов'язкового наказу [116, с. 76], в той же час як інший вчений — Н. С. Таганцев називав вісім обставин, що знищують злочинність діяння: дотримання закону, виконання наказу, дозвіл влади, здійснення дисциплінарної влади, виконання професійних обов'язків, здійснення приватного права, необхідну оборону та крайню необхідність [146, с. 542]. О. Ф. Кістяковський до обставин, що виключають злочинність діяння, відносив крайню необхідність, фізичний примус і погрозу, необхідну оборону, обов'язок та наказ керівництва, нерозуміння та помилку, афект, стан сну та лунатизму, вік, душевні хвороби. І в радянський період серед багатьох науковців існувала ідея про розширений перелік правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння, які не закріплені у діючому кримінальному законі. Наприклад, І. І. Слуцький до їх переліку відносив необхідну оборону, крайню необхідність, згоду потерпілого, виконання суспільно корисних професіональних функцій, виконання обов'язкового наказу, здійснення свого права, дотримання закону [135, с. 9]. Ю. В. Баулін, який вважає обставини, що виключають злочинність діяння міжгалузевим

кримінально-правовим інститутом, наводить ще більш широкий перелік таких правомірних вчинків: здійснення свого права; необхідна оборона; крайня необхідність; затримання злочинця; дозволений ризик; згода потерпілого; заняття спортом; виконання правових обов'язків; виконання закону, наказу або вироку; виконання професійних функцій; виконання обов'язків військової служби; примус до виконання правових обов'язків; колізія обов'язків; виконання службового боргу; останній засіб; правомірне застосування фізичної сили, спеціальних засобів та зброї; виконання законної функції влади; лікарське втручання тощо [6, с. 42, 86].

У сучасній науці кримінального права України також існують погляди про визнання розширеного переліку правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння. Наприклад, В. В. Сташис та В. Я. Тацій вказують, що «кримінальне право, крім передбачених у розділі VIII Загальної частини обставин, передбачає і деякі інші обставини, що виключають злочинність діяння, наприклад, військова необхідність, яка закріплена у ч. 1 ст. 433 Особливої частини КК України» [57, с. 291]. Різні вчені пропонують доповнити діючий Кримінальний кодекс України іншими правомірними вчинками (обставинами), які виключають злочинність діяння та не закріплені у розділі VIII цього кодексу, наприклад, О. Л. Гуртовенко пропонує включити до системи таких обставин психічне насильство і примус [18, с. 7], К. Л. Червенко — згоду потерпілого [184, с. 104], а В. Н. Осадчий — виконання службових обов'язків [110, с. 71].

Отже, можемо зазначити, що до основних висунутих у сучасній науці кримінального права України правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння, які не закріплені в діючому Кримінальному кодексі України, відносяться:

1) виконання службових обов'язків, виконання службового боргу (у запропонованій автором назві — здійснення службових владних повноважень);

2) здійснення власного права;

3) виконання професійних функцій;

4) згода потерпілого на заподіяння шкоди.

Виконання службових обов'язків (виконання службового боргу, здійснення службових владних повноважень) передбачає заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї працівником правоохоронного органу, військовослужбовцем (загалом їх можна охарактеризувати як спеціально уповноважених осіб держави) під час несення ними служби при попередженні, припиненні або захисті від скоєного правопорушником суспільно небезпечного посягання. Наприклад, не буде нести кримінальну відповідальність працівник міліції, який застосував зброю з метою захисту від нападу озброєного злочинця і застрелив його при цьому, якщо працівник міліції застосував свою табельну вогнепальну зброю у порядку та випадках, передбачених статтями 15, 15^1 Закону України «Про міліцію». Шкода, яка заподіюється при цьому правам і свободам, здоров'ю і життю правопорушника, відповідно до норм спеціальних законів має зводитись до мінімуму і не повинна перевищувати міри, необхідної для виконання відповідних службових обов'язків (здійснення відповідних службових владних повноважень).

Здійснення (реалізація) власного права визнавалось обставиною, що виключає злочинність діяння, ще теоретиками кримінального права XIX століття. Так, Л. Є. Владимиров вказував, що особа, яка здійснює своє право, не вчиняє тим самим злочину, навіть якщо її діяння і мало вид злочинного, оскільки вона припускала, що здійснення цього права не спричинить шкоду іншим особам і законом не передбачено ніяких обмежень стосовно здійснення цього права [14, с. 63]. При здійсненні власного права йдеться мова про випадки, коли внаслідок реалізації особою своїх прав, передбачених законодавством, вчиняються діяння, зовні подібні до тих, які

передбачені нормами кримінального кодексу (наприклад, знищення власного майна). Законність у таких випадках обмежується правами, якими наділені інші члени суспільства і реалізація власного права обмежується правами інших членів суспільства та не може спричиняти шкоди правам інших громадян [178, с. 246].

Виконання професійних функцій передбачає можливість спричинення шкоди охоронюваним законом інтересам, коли ця шкода заподіяна внаслідок вчинення діянь в межах професійних повноважень, які визначені відповідними законами, інструкціями, схемами. Наприклад, не буде нести кримінальної відповідальності лікар-хірург, в якого під час проведення операції помирає пацієнт, якщо така операція здійснювалась відповідно до визначених методик і схем її проведення [178, с. 246]. Під професією розуміється основний вид занять чи трудової діяльності. Для робітників і звичайних службовців, інших працівників їх вид занять є професією. Щодо військовослужбовців строкової служби та військовозобов'язаних, призваних на навчальні збори, а також для працівників правоохоронних органів правильніше говорити про виконання ними своїх службових обов'язків (здійснення службових владних повноважень), оскільки за своїм призначенням вони здійснюють не професійні, а службові владні функції, які одночасно є і їх обов'язками та у випадку невиконання тягнуть за собою встановлену законом відповідальність.

Згода потерпілого передбачає можливість спричинення шкоди, яка за загальними правилами є суспільно небезпечною і протиправною, але заподіяна за згодою потерпілого [178, с. 246]. Мається на увазі така згода особи на заподіяння шкоди особистим інтересам та правам, якими вона може вільно розпоряджатися на свій розсуд без будь-яких обмежень. Особистими і невід'ємними інтересами та правами людини є життя, здоров'я, воля, честь і гідність. Ставлення особи до самої себе не має юридичного характеру і не підлягає регламентації

законом. Людина має природне право позбавити себе життя, відторгнути будь-який орган свого тіла, дати згоду на здійснення хірургічної операції для відвернення загрози своєму життю чи здоров'ю тощо. Тому не випадково чинний кримінальний закон не містить будь-яких положень з цього приводу. Якщо закон і передбачає спеціальну відповідальність за посягання на своє особисте благо, то лише у разі, коли людина таким шляхом посягає і на суспільний правопорядок.

Розглянувши правомірні вчинки (обставини), що виключають злочинність діяння, які не закріплені у діючому Кримінальному кодексі України, нам потрібно визначитись із тим, чи мають вони правове значення і визнання державою. З цього приводу в науковій літературі висловлені дві протилежні позиції. Перша ґрунтується на тому, що правомірні вчинки, які не передбачені кримінальним законом не мають юридичного значення. Так, В. Н. Козак зазначає, що об'єднання цих правомірних вчинків із обставинами, які передбачені кримінальним законом, носить штучний характер, і об'єднане їх вивчення у курсі кримінального права є вторгненням в абсолютно сторонню для цього права сферу [48, с. 54–55]. М. Й. Коржанський, аналізуючи не передбачені кримінальним законом правомірні вчинки (обставини), вказує, що їх невизнання такими, які виключають злочинність діяння, пов'язано із тим, що вони:

– не передбачені чинним кримінальним законодавством;
– мають зовсім іншу юридичну природу;
– не мають зовнішньої подібності до злочину (характеризуються відсутністю протиправності, вини);
– спрямовані на здійснення права, яке направлено на суспільну користь.

Друга позиція ґрунтується на тому, що до обставин, які виключають злочинність діяння, відносяться правомірні вчинки, передбачені не лише кримінальним законом, але і іншими галузями законодавства [6, с. 81–82]. Ми підтримуємо другу позицію з певними обмеженнями і вважаємо, що до обставин,

які виключають злочинність діяння, можуть відноситися лише ті не передбачені кримінальним законом правомірні вчинки, що з об'єктивної сторони підпадають під ознаки злочинного діяння (за відсутності правомірного характеру містять відповідний склад злочину, передбачений Особливою частиною КК України). Тобто якщо не передбачений у кримінальному законі правомірний вчинок не має з об'єктивної сторони ознак злочинного діяння, а, наприклад, містить ознаки адміністративного правопорушення, дисциплінарного чи іншого проступку, то і немає сенсу будь-яким чином прив'язувати його до обставин, що виключають злочинність діяння, у рамках кримінального права. Таким чином, з наукової точки зору визначення обставин, які виключають злочинність діяння, лише в рамках існуючої їх системи у кримінальному кодексі не відповідає їх істинним характеристикам, оскільки:

- по-перше, передбачуваність певного правомірного вчинку кримінальним законом не є головною підставою для визнання його правомірності і допустимості, а є наслідком відповідної оцінки такого вчинку з позицій, які займає законодавець і які, до речі, можуть з часом змінюватись. Законодавча непередбаченість не змінює природи самого явища, а лише оцінює його з позиції права. Можливість відставання законодавчої оцінки від теоретичної загальновідома;
- по-друге, юридична природа тих правомірних вчинків, які не закріплені у діючому кримінальному кодексі і яким відповідають з об'єктивної сторони певні злочинні діяння, практично не відрізняється від юридичної природи обставин, визнаних на сьогодні такими, що виключають злочинність діяння.

При цьому потрібно зазначити, що визначення можливості існування певного правомірного вчинку, який виключає злочинність діяння та не передбачений у діючому кримінальному кодексі, є результатом практики, а його подальша характеристика законодавцем як обставини, що виключає злочинність діяння у діючому кримінальному кодексі — результатом ґрунтовних наукових досліджень, які мають сформувати відповідну теоретичну базу такої обставини та мотивацію законодавця.

Для повноти характеристики системи визнаних державою правомірних вчинків (обставин), які виключають злочинність діяння, розглянемо перелік таких вчинків (обставин), визначений зарубіжними країнами у своєму кримінальному законодавстві. Розгляд існуючої системи обставин, що виключають злочинність діяння, у кримінальному законодавстві зарубіжних країн ми будемо здійснювати шляхом поділу цих країн за системою права на: I. Країни англосаксонської правової сім'ї, де перевагою серед джерел права користується судовий прецедент; II. Країни континентальної (романо-германської) правової сім'ї, де перевагою серед джерел права користується закон; III. Країни змішаної правової сім'ї, в яких закон та судовий прецедент використовуються на рівноправній основі.

I. Серед країн англосаксонської правової системи ми розглянемо кримінальне законодавство Англії, США та Австралії. В кримінальному законодавстві Англії відсутній чіткий перелік обставин, що виключають злочинність діяння. Про них зазначається в теорії кримінального права та практиці судових прецедентів, де вони називаються «обставинами захисту від звинувачення» та входять до складу більш загальної категорії «обставин, що виключають кримінальну відповідальність». Обставини, що виключають кримінальну відповідальність, поділяються на три групи: а) коли воля відсутня (до цієї групи відносяться недосягнення віку для притягнення до кримінальної відповідальності, душевна хвороба (неосудність), сп'яніння (не будь-яке), здійснення діяння корпорацією (юридичною особою) в деяких випадках); б) коли воля не направлена на скоєне (до цієї групи відноситься лише фактична помилка, оскільки юридична помилка не може слугувати

підставою для виправдання особи у вчиненні злочину); в) коли воля подавлена примусом (до цієї групи відносяться виконання наказу, фізичний та психічний примус, необхідність тощо). Інші обставини захисту від звинувачення, такі як необхідна оборона, згода потерпілого, англійські юристи використовують при розгляді таких складів злочинів, як вбивство, заподіяння тілесних ушкоджень або берглері [112, с. 78]. Таким чином, система обставин захисту від звинувачення в рамках обставин, що виключають кримінальну відповідальність, у кримінальному праві Англії складається із: 1) захисту (іншими словами, необхідної оборони) та попередження злочину; 2) необхідності (іншими словами, крайньої необхідності); 3) виконання наказу начальника; 4) згоди потерпілого; 5) примушування жінки до вчинення злочину з боку її чоловіка; 6) фізичного та психічного примусу; 7) фактичної помилки [158, с. 143; 68, с. 610].

Федеральне кримінальне законодавство США питання, пов'язані із обставинами, що виключають злочинність діяння, безпосередньо не регулює. Ці питання розглядаються в Примірному кримінальному кодексі США та в кримінальних кодексах різних штатів. В американському кримінальному праві розглядувані обставини називаються «обставинами захисту від звинувачення», і до їх переліку Примірний КК США відносить: незнання або помилку (ст. 2.04); патологічне сп'яніння (ст. 2.98); фізичне насильство (ст. 2.09); наказ воєначальника (ст. 2.10); згоду потерпілого (ст. 2.11); малозначність порушення (ст. 2.12); провокацію злочину (ст. 2.13); вибір найменшої шкоди (іншими словами, крайню необхідність) (ст. 3.02); застосування сили при самозахисті (ст. 3.04); застосування сили для захисту інших осіб (ст. 3.05); застосування сили для захисту майна (ст. 3.06); застосування сили при виконанні закону (ст. 3.07); застосування сили особами, на яких лежить особлива відповідальність за опіку над іншими особами чи за їх дисципліну або безпеку; психічну хворобу чи

неповноцінність, які виключають відповідальність (ст. 4.01); незрілість, що виключає засудження в кримінальному порядку (ст. 4.10) [112, с. 78–79; 155, с. 112–114]. Таким чином, ми бачимо, що в Примірному КК США перелік «обставин захисту від звинувачення» визначений досить широко, із детальним юридичним описанням кожної з цих обставин. Приблизно такий же перелік обставин захисту від звинувачення закріплений і в кримінальних кодексах штатів, наприклад, у Кримінальному кодексі штату Нью-Йорк визначена наступна система цих обставин: вплив незнання або помилки на відповідальність (параграф 15.20); вплив сп'яніння на відповідальність (параграф 15.25); недосягнення віку для кримінальної відповідальності (параграф 30.00); психічна хвороба або неповноцінність (параграф 30.05); виправдане застосування фізичної сили публічною (державною) посадовою особою при розумному виконанні нею своїх офіційних повноважень, обов'язків чи функцій (параграф 35.05); надзвичайні заходи для уникнення навислої загрози заподіяння шкоди (пункт 2 параграфу 35.05), або, іншими словами, дії у стані крайньої необхідності; застосування фізичної сили в інших випадках, які не відносяться до необхідної оборони (наприклад, для підтримання дисципліни у сім'ї, навчальному закладі, для запобігання самогубству тощо) (параграф 35.10, пункти 1-5); застосування фізичної сили (необхідна оборона): для захисту особи (параграф 35.15), для захисту приміщення і будь-якої нерухомості (параграф 35.20), для попередження або припинення крадіжки чи спричинення іншої кримінально караної шкоди майну (параграф 35.25), для захисту в інших випадках (параграф 35.30); затримання злочинця (параграф 35.30); фізичний примус (параграф 40.00); залучення у пастку — спонукання або підбурювання особи з боку публічного службовця здійснити посягання, що заборонене нормативним актом, з метою її подальшого кримінального переслідування (параграф 40.05); відмова від наміру вчинити посягання [112, с. 79].

В кримінальному праві Австралії обставини, що виключають злочинність діяння, входять до кола обставин, які виключають кримінальну відповідальність. Обставини, які виключають кримінальну відповідальність, за КК Австралії поділяються на чотири групи: 1) обставини, які пов'язані із недостатністю (недостатнім об'ємом) правоздатності (до цієї групи відносяться недосягнення віку для кримінальної відповідальності (підрозділ 7.1) та психічна послабленість (підрозділ 7.2, пункт 8), наприклад, старість, інтелектуальна недієздатність, розумове захворювання тощо); 2) сп'яніння, але за умови, якщо воно не було навмисним (розділ 8); 3) обставини, пов'язані із наявністю помилки або незнання (до цієї групи входять два види фактичної помилки (підрозділи 9.1, 9.2) та два види юридичної помилки, а саме: підрозділ 9.3 — помилка чи незнання статутного права і підрозділ 9.4 — помилка чи незнання підзаконних актів); 4) обставини, пов'язані із певними зовнішніми факторами (до цієї групи відносяться фізичний примус або загроза (підрозділ 10.2), раптова або надзвичайна критична ситуація (підрозділ 10.3); самозахист (підрозділ 10.4); законне повноваження, тобто здійснення дій, які заподіюють шкоду, якщо вони обґрунтовані і виконані відповідно до норм права (підрозділ 10.5)) [112, с. 79]. Більш детально за своїми окремими положеннями обставини, які виключають кримінальну відповідальність, визначаються у судовій практиці та у кримінальних кодексах штатів Австралії, які подібні кримінальним кодексам штатів США [113, с. 64]. Таким чином, безпосередньо до обставин, які виключають злочинність діяння, КК Австралії відносить: фізичний примус або загрозу; раптову або надзвичайну критичну ситуацію (іншими словами, крайню необхідність); самозахист (іншими словами, необхідну оборону); фактичну та юридичну помилку (помилку чи незнання статутного права або помилку чи незнання підзаконних актів); законне повноваження, тобто здійснення дій, які заподіюють шкоду, якщо вони обґрунтовані і виконані відповідно до норм права [156, с. 94–96].

II. Серед країн романо-германської правової системи ми розглянемо кримінальне законодавство Франції, Германії, Іспанії та Швеції. Обставини, що виключають злочинність діяння, в КК Франції розташовані в главі II «Підстави ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення», яка включає в себе наступні правомірні вчинки та категорії:

– здійснення передбаченого кримінальним законом діяння під впливом якої-небудь сили або примусу (фізичний примус), яким особа не могла протистояти (ст. 122-2 КК Франції);

– помилка у праві (ст. 122-3 КК Франції), що представляє собою юридичну помилку, неможливість уникнення якої потрібно підтверджувати доказами;

– неосудність або обмежена осудність (ст. 122-1 КК Франції);

– виконання дій, які передбачені або дозволені положеннями закону чи регламенту, а також виконання дій за вимогою законної влади, за виключенням випадків, коли ці дії є явно незаконними (ст. 122-4 КК Франції);

– правомірний захист від необґрунтованого посягання (іншими словами, необхідна оборона), в тому числі власності та житла (ст.ст. 122-5, 122-6 КК Франції);

– здійснення дій в умовах виниклої або неминучої небезпеки (іншими словами крайньої необхідності), що загрожує особі, іншій особі чи власності (ст. 122-7 КК Франції) [60, с. 44–45; 112, с. 80–81; 136, с. 130].

Норми про обставини, що виключають злочинність діяння, в КК ФРН не систематизовані. Кодекс вказує на наступний перелік таких обставин: помилка у забороні (параграф 17), яка виникає в тому випадку, коли у особи відсутнє розуміння того, що вона діє протиправно, і при цьому вона не могла уникнути цієї помилки; необхідна оборона (параграф 32); крайня необхідність, яка поділяється на правомірну крайню необхідність (параграф 34) та крайню необхідність, що виключає або пом'якшує вину (параграф 35); згода потерпілого (параграф 228), яка закріплена в Особливій частині КК ФРН і

передбачає нанесення потерпілому тілесних ушкоджень за його згодою, якщо це не порушує загальноприйняті моральні норми [112, с. 80; 155, с. 224–226].

Обставини, що виключають злочинність діяння, в КК Іспанії закріплені в главі II «Підстави для звільнення від кримінальної відповідальності». До них відносяться: захист своєї особистості та своїх прав, а також особистості і прав інших людей (ч. 4 ст. 21 КК), або, іншими словами, необхідна оборона; норми про крайню необхідність (ч. 5 ст. 21 КК), однак безпосередньо цей термін у кодексі не використовується; виконання свого обов'язку, законне здійснення свого права, а також професійних чи посадових обов'язків (ч. 7 ст. 21 КК); стан сильного алкогольного, наркотичного та іншого отруєння під час вчинення злочину за умови, що особа не мала наміру його вчинити або не передбачала і не повинна була передбачати можливість його вчинення (ч. 2 ст. 21 КК); діяння, вчинене у стані сильного страху (переляку) (ч. 2 ст. 21 КК); непереборна помилка відносно діяння (ст. 14 КК), якій відповідає фактична помилка; непереборна помилка відносно протиправності діяння (ст. 14 КК), якій відповідає юридична помилка [112, с. 82–83].

В Кримінальному кодексі Швеції обставини, що виключають злочинність діяння, називаються «загальними підставами звільнення від кримінальної відповідальності» і до їх складу кодекс відносить: самооборону (ст. 1 гл. 24), або, іншими словами, необхідну оборону; запобігання втечі ув'язненого або підтримання порядку (ст. 2 гл. 24); припинення непокори підлеглого військовослужбовця (ст. 3 гл. 24); необхідність (ст. 4 гл. 24), або, іншими словами, крайню необхідність; сприяння особам, що здійснюють: право на самооборону, запобігання втечі ув'язненого або підтримання порядку, припинення непокори (ст. 5 гл. 24); згоду потерпілого на заподіяння шкоди (ст. 7 гл. 24); виконання наказу (ст. 8 гл. 24); юридичну помилку (ст. 9 гл. 24) [68, с. 604].

III. За кримінальним правом Японії до обставин, що виключають злочинність діяння (обставин, при яких має місце неутворення протиправності та неутворення складу злочину), відносяться: діяння, здійснені на підставі законодавства або здійснені в рамках правомірної, в т. ч. і професійної, діяльності (ст. 35 КК); правомірна оборона (ст. 36 КК), або, іншими словами, необхідна оборона; вкрай необхідні дії для уникнення небезпеки або термінові заходи укриття від небезпеки (ст. 37 КК), чи, іншими словами, крайня необхідність. Також в науці японського кримінального права розглядається можливість визначення таких обставин, що виключають злочинність діяння як, наприклад, діяння самодопомоги (що вчинені приватними особами вимушено, при відсутності часу для вчинення таких дій з боку державних органів) та згода потерпілого на заподіяння шкоди [162, с. 472, 477; 181, с. 118–119].

Отже, ми розглянули систему правомірних вчинків (обставин), що виключають злочинність діяння, які існують у кримінальному законодавстві зарубіжних країн із різних правових сімей.

Тепер для можливості визначення напрямків удосконалення обставин, що виключають злочинність діяння, пов'язаних із їх систематизацією (виділенням певної групи за відповідними критеріями), нам потрібно розглянути їх існуючу класифікацію у науці кримінального права України. Як відомо, класифікація будь-яких явищ та дій, в тому числі і розглядуваних обставин, що виключають злочинність діяння, містить у собі системний підхід, оскільки дозволяє розглянути не лише їх загальні ознаки, але й відмінності, і тим самим показати їх взаємозв'язок між собою та розкрити внутрішню структуру. За допомогою класифікації відбувається розділення обставин, що виключають злочинність діяння на певні групи, які характеризуються специфічними ознаками і тягнуть за собою один і той же правовий наслідок — правомірність діянь, що до них входять та виключення кримінальної відпо-

відальності за їх вчинення [6, с. 46]. Критеріями класифікації обставин, що виключають злочинність діяння, якими необхідно керуватися при розмежуванні таких обставин, є: 1) соціальна сутність дій (суспільна користь і правомірність чи лише правомірність); 2) правові підстави для вчинення дій (дозвіл закону чи обов'язковість виконання); 3) характер дій, що вчиняються; 4) спрямованість дій, що вчинюються (об'єкт, на який вони націлені); 5) урегульованість дій в законі; 6) правовий статус особи, зокрема, її професійний чи службовий стан; 7) мета вчинення дій (відвернення заподіяння шкоди, досягнення суспільно корисного результату, задоволення власних потреб у межах, дозволених законом тощо). В залежності від таких критеріїв можна виділити наступні підстави для класифікації обставин, що виключають злочинність діяння:

1) галузева приналежність правових норм, відповідно до яких здійснюються ці правомірні вчинки;

2) сфера суспільних відносин, в якій вони здійснюються;

3) юридична форма реалізації правових вимог;

4) коло суб'єктів, які їх вчиняють;

5) об'єм дії по виключенню злочинності діяння [6, с. 47].

В залежності від галузевої приналежності правових норм, відповідно до яких здійснюються обставини, що виключають злочинність діяння, вони можуть бути розділені на дві групи:

а) обставини, які передбачені кримінальним кодексом (кримінальним законодавством);

б) обставини, які передбачені іншими галузями законодавства [6, с. 47].

Обставини, які передбачені кримінальним кодексом, закріплені у розділі VIII Загальної частини КК України (наприклад, необхідна оборона, уявна оборона, затримання особи, що вчинила злочин тощо) та, як зазначають окремі вчені, у ч. 1 ст. 433 Особливої частини КК України (воєнна необхідність) [57, с. 291]. Вони визначають найбільш типові правомірні вчинки, які виключають злочинність діяння і офіційно закріплені законодавцем у якості таких. Обставини, які передбачені іншими галузями законодавства, можуть закріплюватися у різних галузях права. Наприклад, правомірне застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї працівниками правоохоронних органів при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань регулюється відповідними нормативно-правовими актами у галузі адміністративного законодавства, зокрема, Законами України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» тощо. Для військовослужбовців правомірне застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та зброї при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань регулюється Законами України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» та «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України», що є адміністративно-правовими актами у галузі військового законодавства. Виконання професійних функцій медичними працівниками під час надання лікарської допомоги регулюється відповідними нормативно-правовими актами у галузі охорони здоров'я.

В залежності від сфери суспільних відносин обставини, що виключають злочинність діяння, можуть поділятися на такі, що здійснюються:

1) у приватній сфері;

2) у публічній сфері;

3) у професійній сфері.

Обставини, що виключають злочинність діяння у приватній сфері, представляють собою різні правомірні вчинки громадян, які здійснюються ними у повсякденному житті. До них відносяться, наприклад, необхідна оборона, крайня необхідність тощо. Обставини, що виключають злочинність діяння у публічній сфері, реалізовуються у відповідних правомірних вчинках посадових осіб органів державної влади під час виконання покладених на них завдань і функцій. До них належать

виконання наказу або розпорядження, виконання службових обов'язків (або, іншими словами, здійснення службових владних повноважень), виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації тощо. Відповідно, обставини, що виключають злочинність діяння у професійній сфері, пов'язані із виконанням особою професійних обов'язків та функцій не за державною службою, а за професією. До таких правомірних вчинків відносяться, наприклад, діяння, пов'язане із ризиком, виконання професійних функцій тощо.

З точки зору юридичної форми реалізації правових вимог обставини, що виключають злочинність діяння, можна розділити на такі, які пов'язані із:

1) здійсненням особою свого суб'єктивного права, свободи чи законного інтересу;

2) виконанням юридичних обов'язків;

3) здійсненням юридичних державно-владних повноважень (виконанням службового боргу) [6, с. 60].

Обставини, пов'язані із здійсненням особою свого суб'єктивного права, свободи чи законного інтересу, надають можливість суб'єкту використовувати надані йому права, свободи чи законні інтереси на власний розсуд, тобто від волі суб'єкта залежить, чи буде він здійснювати у певній оточуючій обстановці відповідне право, наприклад, право на необхідну оборону, чи утримається від його здійснення. До цієї групи обставин належать необхідна оборона, затримання особи, що вчинила злочин, крайня необхідність тощо. В тих випадках, коли відповідне право особи на правомірний вчинок не урегульоване безпосередньо в законі, вона може використовувати юридичну свободу або законний інтерес. Юридична свобода виступає у формі гарантованого державою правового простору для вибору особою найбільш правильного варіанту та міри поведінки у тих сферах суспільного життя, які регламентуються нормами права. Законний інтерес розглядається як

самостійна юридична форма правомірного вчинку, яка позначає дозвіл та відсутність заборони на поведінку, яка відповідає інтересам суспільства. Використання юридичної свободи і захист законних інтересів об'єднує із здійсненням права те, що всі ці види поведінки особи відносяться до вчинків, дозволених та гарантованих державою [6, с. 54–55].

Обставини, які характеризують виконання юридичних обов'язків, пов'язані із необхідністю закріплення певної моделі поведінки за суб'єктом, що безпосередньо визначена у законі. Така модель поведінки зобов'язує суб'єкта вчиняти певні дії, які є обов'язковими, безумовними і безспірними. Тому, на відміну від здійснення права, суб'єкт при виконанні обов'язків, закріплених за ним у законі, не може відмовитися від їх виконання і вимушений заподіювати їх виконанням шкоду правоохоронюваним інтересам [6, с. 57]. Наприклад, дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження. Таким чином, до цих обставин відносяться, наприклад, виконання наказу або розпорядження, виконання професійних функцій медичного працівника, пожежного тощо.

Обставини, які пов'язані із здійсненням юридичних державно-владних повноважень, представляють собою окрему групу правомірних вчинків, які здійснюються службовими особами — представниками влади, працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями і ґрунтуються на використанні ними своїх службових владних повноважень. Юридичні державно-владні повноваження, на відміну від суб'єктивного права або юридичного обов'язку, полягають у тому, що вони є синтезом права і обов'язку службової особи перед державою і громадянином [6, с. 58]. Це означає, що службова особа виконує покладені на неї відповідні службові обов'язки шляхом використання прав, наданих їй законом. При цьому законодавець, акцентуючи увагу на можливості

використання службовою особою для виконання службових завдань спеціальних прав, встановлює певні обмеження по здійсненню таких прав з метою недопущення зловживання ними. Розглянемо це на прикладі застосування вогнепальної зброї такою категорією спеціально уповноважених осіб держави, як працівники міліції. Відповідно до ст. 15 Закону України «Про міліцію» працівники міліції як крайній захід мають право застосовувати вогнепальну зброю у таких випадках: для захисту громадян від нападу, що загрожує їх життю і здоров'ю, а також звільнення заручників; для відбиття нападу на працівника міліції або членів його сім'ї, якщо їх життю або здоров'ю загрожує небезпека; для відбиття нападу на охоронювані об'єкти, конвої, жилі приміщення громадян, приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій, а також звільнення їх у разі захоплення тощо. Таким чином, ми бачимо, що закон прямо встановлює обмеження на право застосування працівниками міліції вогнепальної зброї певними випадками і вказує, що це право є крайнім заходом та використовується лише у випадку, коли іншими засобами не вдалося забезпечити виконання покладених на міліцію обов'язків. Крім того, за неналежне виконання державно-владних повноважень закон встановлює відповідальність для службових осіб, в тому числі адміністративну і кримінальну.

Залежно від кола суб'єктів, які здійснюють відповідні правомірні вчинки, обставини, що виключають злочинність діяння, можна поділити на такі, які вчинені:

- загальними суб'єктами;
- спеціальними суб'єктами [6, с. 67].

Обставини, що виключають злочинність діяння, які здійснюються загальними суб'єктами, характеризуються відсутністю будь-яких особливих вимог до суб'єктів та до порядку їх вчинення. За загальновизнаною теорією, до загальних суб'єктів відносяться фізичні особи, які досягли до моменту здійснення правомірного вчинку певного віку і є осудними.

Ще Є. К. Нурпеісов та Н. С. Малеін справедливо відмічали, що неосудний (психічно хворий або малолітній) ні правомірні, ні протиправні вчинки здійснювати не може [71, с. 14; 91, с. 105–106]. Таким чином, до загальних суб'єктів відносяться лише фізичні особи (одна людина або група людей), і обов'язковими ознаками для здійснення ними правомірного або протиправного вчинку є такі критерії, як досягнення певного віку та осудність [6, с. 63]. Обставини, що виключають злочинність діяння, які здійснюються загальними суб'єктами, в більшій мірі пов'язані із використанням ними свого права, і до них відносяться, наприклад, необхідна оборона, затримання особи, що вчинила злочин, крайня необхідність тощо.

Обставини, що виключають злочинність діяння, які здійснюються спеціальними суб'єктами, характеризуються наявністю певних вимог до суб'єктів та процесу їх вчинення. Це пов'язано із тим, що спеціальні суб'єкти вчиняють правомірні вчинки або у процесі виконання своїх професійних функцій (наприклад, медичні працівники, пожежники), або під час здійснення своїх службових владних повноважень (наприклад, працівники правоохоронних органів, військовослужбовці). Відповідно, спеціальними ознаками таких суб'єктів буде наявність у них певної професії або посади в органах державної влади, знаходячись на якій вони і здійснюють правомірні вчинки. Також до процесу здійснення спеціальними суб'єктами правомірних вчинків можуть висуватися певні вимоги, пов'язані із їх особливим статусом. Наприклад, при припиненні суспільно небезпечних посягань такою категорією спеціально уповноважених осіб держави, як працівники міліції із використанням спеціальних засобів, відповідно до ч. 2 ст. 12 Закону України «Про міліцію», обов'язковою є вимога попередження про намір застосування таких засобів. Також відповідно до ч. 3 ст. 12 Закону України «Про міліцію» забороняється застосовувати спеціальні засоби до таких категорій осіб, як жінки з

явними ознаками вагітності, особи похилого віку або з вираженими ознаками інвалідності та малолітні особи [29, с. 16].

Розглянута класифікація обставин, що виключають злочинність діяння на такі, які вчинені загальними чи спеціальними суб'єктами, має досить важливе значення для правильної кваліфікації цих правомірних вчинків. Так, якщо, наприклад, громадянин, затримуючи особу, яка вчинила злочин, застосовує заходи фізичного впливу і заподіює шкоду цій особі, правомірність його дій повинна оцінюватися відповідно до ст. 38 КК України «Затримання особи, що вчинила злочин». Якщо таке саме затримання злочинця здійснює працівник міліції і застосовує при цьому заходи фізичного впливу, чим заподіює шкоду затримуваній особі, то правомірність його дій повинна оцінюватися згідно з вимогами ст. 12 «Умови і межі застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї» та ст. 13 «Застосування засобів впливу» Закону України «Про міліцію».

В залежності від об'єму дії по виключенню злочинності діяння (виду і числа тих злочинних посягань, під зовнішні ознаки яких можуть підпадати правомірні вчинки), обставини, що виключають злочинність діяння, можна поділити на:

1) обставини, що виключають злочинність одного діяння;

2) обставини, що виключають злочинність декількох однорідних діянь;

3) обставини, що виключають злочинність декількох різнорідних діянь [6, с. 70–71].

Така класифікація обставин, що виключають злочинність діяння, пов'язана із тим, що кожна окрема обставина може бути направлена на заподіяння шкоди різним категоріям суспільних відносин і, відповідно, підпадати під ознаки різних складів злочинів, передбачених у Особливій частині КК України. Так, наприклад, заподіяння смерті нападнику при реалізації права на необхідну оборону підпадає під ознаки ст. 115 КК України «Умисне вбивство», заподіяння тяжких тілесних

ушкоджень здоров'ю нападника — під ознаки ст. 121 КК України «Умисне тяжке тілесне ушкодження», а заподіяння шкоди майну нападника — під ознаки ст. 194 КК України «Умисне знищення або пошкодження майна». При цьому діяння, які вчинені під час необхідної оборони і пов'язані із заподіянням смерті та тілесних ушкоджень декільком нападникам, будуть однорідними, оскільки вони підпадають під ознаки злочинів, передбачених одним розділом КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи». Однак діяння, пов'язані із заподіянням смерті та пошкодженням майна нападника при необхідній обороні, будуть різнорідними, оскільки вони підпадають під ознаки злочинів, передбачених різними розділами Особливої частини КК України.

Отже, ми розглянули необхідний нам комплекс теоретичних питань, пов'язаних із структурою та системою обставин, що виключають злочинність діяння у сучасній науці кримінального права України. Тепер ми можемо перейти безпосередньо до проблеми визначення можливих напрямків удосконалення кримінально-правового регулювання досліджуваних авторами трьох правомірних вчинків — необхідної оборони, уявної оборони та застосування сили (заходів фізичного впливу, спеціальних засобів або вогнепальної зброї) спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями) при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань.

Такі можливі напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання будуть пов'язані із наступними елементами та особливостями цих правомірних вчинків:

1) можливістю структурної систематизації цих правомірних вчинків у певну однорідну групу за відповідними критеріями;

2) можливістю покращення законодавчої конструкції щодо офіційного визначення кожного із цих правомірних вчинків та описання його основних ознак;

3) можливістю покращення окремих положень кожного із цих правомірних вчинків, що містяться в законодавчих актах (в першу чергу — у діючому Кримінальному кодексі України);

4) можливістю покращення конструкції елементів юридичного складу кожного із цих правомірних вчинків: правової та фактичної підстави, суб'єкта, об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивного контролю;

5) можливістю покращення правової регламентації кожного із цих правомірних вчинків в узагальненнях судової практики;

6) можливістю покращання характеристики системи умов правомірності, за яких можуть здійснюватися ці правомірні вчинки;

7) можливістю покращання законодавчої регламентації кожного із цих правомірних вчинків за рахунок дослідження правового регулювання таких самих або аналогічних правомірних вчинків у кримінальному законодавстві зарубіжних країн;

8) можливістю покращення механізму кримінально-правової відповідальності за перевищення допустимих меж по вчиненню таких правомірних вчинків;

9) можливістю визначення системи критеріїв, що дозволяють відмежовувати ці правомірні вчинки один від одного;

10) можливістю характеристики будь-якого правомірного вчинку, що не регламентований у діючому Кримінальному кодексі України, як відповідної обставини, що виключає злочинність діяння.

Тепер, відповідно до розглянутої нами класифікації обставин, що виключають злочинність діяння за різними критеріями, можемо розглянути питання про можливість визначення у цій системі певної однорідної групи правомірних вчинків. В даній монографії дослідження авторів стосується трьох правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння: а) необхідної оборони; б) уявної оборони; в) застосування

сили (заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї) спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями) при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань, який автори вважають за доцільне охарактеризувати як здійснення службових владних повноважень у порівнянні із іншими існуючими назвами для цього правомірного вчинку (виконання службових обов'язків, виконання службового боргу). Критерієм, який буде слугувати для виокремлення цих трьох правомірних вчинків від інших правомірних вчинків, що виключають злочинність діяння, є правова підстава, на основі якої вони виникають, а саме: суспільно небезпечне посягання, яке направлене на заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особи, що захищається, або іншої особи, суспільним інтересам чи інтересам держави. Таким суспільно небезпечним посяганням є злочинне діяння, ознаки якого передбачені у Кримінальному кодексі України. Потрібно спеціально підкреслити, що закон прямо не визначає таке посягання злочином (наприклад, у статтях 36, 37 КК України), оскільки правомірним суспільно корисним чи соціально допустимим вчинком визнається захист не тільки від діяння, яке в кримінально-правовому значенні є злочином, а і від суспільно небезпечного посягання неосудної особи або особи, яка не досягла віку, з якого наступає кримінальна відповідальність. Такі суспільно небезпечні посягання у зв'язку з відсутністю «свідомого» суб'єкта не визнаються злочином, але мають необхідний характер і ступінь суспільної небезпеки. Враховуючи викладене, можливо, на думку авторів, розглядувані три правомірні вчинки, що виключають злочинність діяння, об'єднати в одну групу із назвою — «обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання» [109, с. 268]. Це те, що їх за своїм основним змістом об'єднує.

Якщо необхідна оборона та уявна оборона як обставини, що виключають злочинність діяння при захисті особи від суспільно небезпечного посягання, закріплені у розділі VIII КК України, то здійснення службових владних повноважень саме в такій назві та редакції не є правомірним вчинком, що закріплений у діючому Кримінальному кодексі України, але, на думку авторів, є всі підстави, в тому числі і правові, для розгляду такої можливості.

Тепер можливо у загальному вигляді розглянути відмінність між цими трьома правомірними вчинками, яка більш детально буде розглядатися у подальших дослідженнях при визначенні системи критеріїв, що дозволяють відмежовувати ці правомірні вчинки один від одного. Отже, у загальних рисах відмінність між необхідною обороною та здійсненням вищезазначених автором службових владних повноважень полягає у суб'єкті та юридичній формі їх здійснення, а при необхідній обороні та уявній обороні — у дійсності (реальності) суспільно небезпечного посягання. Так, А. А. Медведєв, аналізуючи зміст необхідної оборони та здійснення службових владних повноважень (застосування сили працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями), зазначав, що хоча в якості основного елементу цих правомірних вчинків є захист правоохоронюваних інтересів від суспільно небезпечного посягання, однак в першому випадку він здійснюється громадянином на основі розпорядження своїм правом, межі якого в кримінальному законі визначені для приватних осіб, а в другому — спеціально уповноваженою особою від імені держави і в порядку виконання службових обов'язків (службових владних повноважень), межі та ознаки яких передбачені у спеціальних законах [75, с. 62]. Тому правомірність дій таких спеціально уповноважених осіб, як зазначав Н. Д. Дурманов, ґрунтується на основі законів або інших нормативних актів, які встановлюють такі повноваження [27, с. 9], тобто регулюється адміністративно-правовим законодавством, яке безпосередньо організує

та регулює діяльність такої особи. Основна різниця між необхідною та уявною обороною полягає у дійсності (реальності) суспільно небезпечного посягання, яке при уявній обороні існує лише в уяві особи, що захищалася, внаслідок помилкової оцінки дій потерпілого та обстановки, що склалася. Таким чином, можемо говорити про існування у розглядуваній авторами групі правомірних вчинків суспільно небезпечного посягання як об'єктивної (в формі неправомірної дії) та суб'єктивної (в уявленні особи, що захищається) підстави для їх вчинення.

Визначивши однорідну групу правомірних вчинків (обставин), що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, ми можемо тепер встановити напрямки удосконалення їх кримінально-правового регулювання, що будуть розглядатись та досліджуватись авторами у наступних підрозділах.

Для необхідної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, напрямки удосконалення її кримінально-правового регулювання можуть полягати у наступному:

1) покращенні законодавчої конструкції офіційного визначення поняття «необхідна оборона», що може бути здійснено шляхом дослідження існуючої характеристики поняття «необхідна оборона» в кримінальному законодавстві зарубіжних країн та науці кримінального права України;

2) дослідженні існуючих поглядів щодо найбільш вдалої назви для такої обставини, яка виключає злочинність діяння з використанням порівнянь із кримінального законодавства зарубіжних країн;

3) визначенні найбільш досконалої системи її ознак, що будуть належним чином характеризувати таку обставину, яка виключає злочинність діяння;

4) покращенні конструкції елементів її юридичного складу, а саме: правової та фактичної підстави, суб'єкта, об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивного контролю;

5) визначенні та характеристиці сучасних способів її здійснення;

6) дослідженні та вдосконаленні системи умов її правомірності;

7) покращенні механізму кримінально-правової відповідальності за перевищення допустимих меж необхідної оборони, що здійснюється шляхом дослідження теоретичних та законодавчих положень про перевищення меж необхідної оборони у кримінальному праві України та кримінальному праві деяких зарубіжних країн;

8) проведенні класифікації та виділенні певних видів необхідної оборони;

9) вдосконаленні теоретичних положень випадків необхідної оборони, пов'язаних із захистом від посягань, що становлять підвищену суспільну небезпеку, в т. ч. шляхом дослідження правового регулювання цього питання у кримінальному законодавстві зарубіжних країн;

10) дослідженні питання про стан правового регулювання необхідної оборони при захисті власності особи;

10) формулюванні на основі проведених досліджень пропозицій про удосконалення законодавчої конструкції окремих положень необхідної оборони у ст. 36 КК України;

11) формулюванні на основі проведених досліджень відповідних пропозицій про удосконалення (зміну або доповнення) окремих положень існуючого узагальнення судової практики у справах про необхідну оборону, а саме — Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону».

Для уявної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, напрямки удосконалення її кримінально-правового регулювання можуть полягати у наступному:

1) відмежуванні уявної оборони від необхідної на підставі дослідження теорії про помилки у кримінальному праві України та кримінальному законодавстві зарубіжних країн;

2) визначенні уявної оборони як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння на підставі дослідження її правової природи;

3) покращенні законодавчої конструкції офіційного визначення поняття «уявна оборона» в ст. 37 КК України;

4) характеристиці подальшого напрямку удосконалення уявної оборони як розширеної обставини, що виключає злочинність діяння;

5) характеристиці та покращенні конструкції елементів її юридичного складу, а саме: правової та фактичної підстави, суб'єкта, об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивного контролю;

6) виділенні ключових факторів для кваліфікації виникнення стану уявної оборони на практиці;

7) проведенні класифікації та виділенні певних видів уявної оборони на основі дослідження існуючих класифікацій уявної оборони в теорії кримінального права України та Російської Федерації;

8) формулюванні на основі проведених досліджень відповідних пропозицій в узагальненні судової практики, що стосується уявної оборони, яким є Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» (п. 7).

Для застосування сили (заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї) спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями) при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань як правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, напрямки удосконалення його безпосередньо кримінально-правового регулювання можуть полягати у наступному:

1) характеристиці цього правомірного вчинку як обставини, що виключає злочинність діяння, на основі дослідження існуючих про це точок зору у науці кримінального права України та належного обґрунтування;

2) формулюванні законодавчої конструкції цього правомірного вчинку як обставини, що виключає злочинність діяння, у розділі VIII КК України із використанням належного для цього обґрунтування;

3) визначенні найбільш досконалої назви для такої обставини, що виключає злочинність діяння, шляхом дослідження та співставлення між собою різних варіантів, сформованих у науці кримінального та адміністративного права України;

4) визначенні можливості існування такої самої або подібних до неї обставин, що виключають злочинність діяння, у кримінальному законодавстві зарубіжних країн;

5) характеристиці цього правомірного вчинку, що виключає злочинність діяння, як кримінально-правової норми з різних напрямків;

6) виділенні найбільш досконалої системи ознак, що будуть належним чином характеризувати цей правомірний вчинок;

7) встановленні конструктивної системи законодавчих актів, що регулюють цей правомірний вчинок;

8) встановленні змісту такого правомірного вчинку та його правової природи;

9) визначенні системи критеріїв, що дозволяють відмежовувати такий правомірний вчинок від необхідної оборони;

10) визначенні конструкції системи елементів його юридичного складу, а саме: правової та фактичної підстави, суб'єкта, об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивного контролю;

11) визначенні та характеристиці випадків цього правомірного вчинку, пов'язаних із захистом від посягань, що становлять підвищену суспільну небезпеку;

12) формулюванні на основі проведених досліджень пропозицій про удосконалення законодавчої конструкції окремих положень про застосування сили працівниками правоохоронних органів та військовослужбовцями у відповідних законах, що регулюють їх службову діяльність;

13) формулюванні на основі проведених досліджень відповідних пропозицій в узагальненні судової практики, що стосується застосування сили працівниками правоохоронних органів та військовослужбовцями при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань, яким є Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» (п. 6);

14) визначенні та характеристиці сучасних способів його здійснення;

15) визначенні та характеристиці системи умов його правомірності;

16) визначенні доцільності існування механізму кримінально-правової відповідальності за перевищення допустимих меж при застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями);

17) характеристиці теоретичних положень та самого механізму кримінально-правової відповідальності за перевищення допустимих меж при застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями), із використанням належного для цього обґрунтування;

18) описанні окремих елементів кримінально-правової відповідальності за перевищення допустимих меж при застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями);

19) створенні моделі законодавчої конструкції кримінально-правової відповідальності за перевищення допустимих меж при застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями) та описанні її у статтях 118 і 124 КК України;

20) встановленні відмінності між кримінальною відповідальністю за перевищення допустимих меж при застосуванні

сили спеціально уповноваженими особами держави та кримінальною відповідальністю за перевищення влади або службових повноважень і описанні такого розмежування в узагальненні судової практики, а саме — в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»;

21) встановленні відмінності між кримінальною відповідальністю за перевищення допустимих меж при застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави та кримінальною відповідальністю за перевищення меж необхідної оборони;

22) проведенні класифікації та виділенні певних видів заподіяння шкоди при застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави у випадку попередження, припинення або захисту від суспільно небезпечних посягань.

Таким чином, ми сформували можливі напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання правомірних вчинків (обставин), що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, які будуть розглядатися та досліджуватися авторами у подальших підрозділах. Визначення таких можливих напрямків удосконалення кримінально-правового регулювання має важливе значення для структурного, всебічного та ґрунтовного дослідження цієї групи правомірних вчинків.

РОЗДІЛ 2

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

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

Конституція України визнає необхідну оборону одним із фундаментальних прав людини. Відповідно до ст. 27 Конституції України кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань [51, с. 6]. Стаття 55 Конституції закріплює, що кожна людина має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань [51, с. 11].

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

Відповідно до ст. 36 КК України необхідна оборона — це дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання [54, с. 19].

В науці кримінального права поняття необхідна оборона визначається по-різному. Так, Ю. В. Баулін характеризує необхідну оборону як захист громадянином правоохоронюваних інтересів особи, суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання, викликаний необхідністю його запобігання або припинення шляхом негайного спричинення посягаючому шкоди, яка відповідає небезпечності посягання та обстановці захисту [6, с.257–258]. В. Я. Тацій визначає необхідну оборону як правомірний захист правоохоронюваних інтересів особи, суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання, викликаний необхідністю його негайного відвернення або припинення шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, що відповідає небезпечності посягання й обстановці захисту [57, с.293]. Існують й інші визначення поняття «необхідна оборона» з опором на законодавство англо-американських країн, зокрема, наприклад, Я. В. Мочкош формулює його, як «...застосування фізичної сили, необхідної і достатньої у даній обстановці, можливо, з використанням знарядь чи зброї, для відвернення або припинення насильницького посягання, з метою захисту життя і здоров'я, власності, прав і свобод особи, яка захищається, чи іншої людини, якщо при цьому не було перевищено меж захисту» [82, с.98].

Тепер розглянемо та проаналізуємо, які існують поняття, ознаки та умови правомірності необхідної оборони або, іншими словами, «захисту» у кримінальному законодавстві зарубіжних країн. Розгляд цього питання ми будемо здійснювати шляхом поділу цих країн за системою права на: І. Країни континентальної (романо-германської) правової сім'ї, де перевагою серед джерел права користується закон; ІІ. Країни англосаксонської правової сім'ї, де перевагою серед джерел права користується судовий прецедент; ІІІ. Країни змішаної правової сім'ї, в яких закон та судовий прецедент використовуються на рівноправній основі.

І. У кримінальному праві континентальних (романо-германських) країн існують наступні норми про необхідну

оборону. Необхідна оборона за главою 2 розділу ІІ Книги ІІ КК Франції (Першої частини) називається «правомірний захист» та є підставою ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення. Згідно зі ст. 122-5 КК Франції правомірним захистом визнається вчинення дій особою, що піддалася необґрунтованому посяганню у відношенні себе або інших осіб, які викликані необхідністю правомірного захисту себе чи інших осіб, за виключенням випадків явної невідповідності між використаними засобами захисту і тяжкістю посягання. Окремо зазначається про правомірний захист власності, який можливий при відповідності засобів захисту тяжкості злочинного діяння, та за виключенням вчинення умисного вбивства особи, що посягає [136, с. 130; 60, с. 44–45].

Таким чином, згідно з цією статтею, до умов правомірного захисту відносяться:

1) наявність посягання щодо особи, яка захищається, або інших осіб, власності;

2) необґрунтованість посягання;

3) вчинення особою, що захищається, активних дій, направлених на захист від посягання;

4) своєчасність захисту;

4) відповідність між використаними засобами захисту та тяжкістю посягання, зокрема, при захисті власності.

В ст. 122-6 КК Франції встановлені два спеціальних випадки правомірного захисту під час посягань щодо власності. Відповідно до цієї статті діючим у стані правомірного захисту вважається той, хто здійснює дії, вчинені:

- п. 1 — з метою відбити проникнення вночі до житла, що здійснюється шляхом злому, насильства або обману;
- п. 2 — з метою захистити себе від осіб, які здійснюють крадіжку чи грабіж, поєднаний з насиллям [181, с. 109].

Значення вказаних положень КК Франції викликає дискусії серед французьких юристів. Спочатку вважалося, що в

даному випадку міститься презумпція абсолютної правомірності захисту, однак в 1959 році Касаційний Суд Франції прямо вказав, що вказана законодавча презумпція не містить абсолютний та беззаперечний характер і може змінюватись під впливом доказів [158, с. 147].

В кримінальному праві ФРН необхідна оборона є підставою, що виключає відповідальність («не противоправною поведінкою») та регулюється главою 4 Розділу II Загальної частини КК ФРН. Параграф 32.35 КК ФРН (абзац 2) характеризує поняття «необхідна оборона» як «захист, який потрібен для того, щоб відвернути наявний протиправний напад на себе або кого-небудь іншого». Із цього визначення випливає, що для характеристики стану необхідної оборони кодекс передбачає такі дві її ознаки, як наявність і протиправність. Ознака наявності передбачає собою реальність нападу, а протиправність допускає можливість захисту не тільки від нападу осіб, що діють виходячи зі своїх інтересів, але і від нападу офіційних осіб (представників влади). Закріплене у КК ФРН поняття необхідної оборони є з правової точки зору вузьким (зокрема, суспільно небезпечне посягання при необхідній обороні може здійснюватися не лише у формі нападу, а й у формі інших кримінально-правових дій), але надає широкі можливості для визначення судом змісту об'єктів, що захищаються цією нормою. Як зазначають Л. Н. Смірнова та С. М. Храмов, словосполучення «напад на себе» цілком допускає можливість включення в це поняття майна, яке перебувало у особи, що піддалась нападу, а поняття «кого-небудь іншого» допускає, щоб в нього були включені не тільки інша особа, щодо якої здійснюється напад, а й інші об'єкти: громадський порядок, власність іншої особи і т. д. [136, с. 131; 182, с. 229].

Потрібно зазначити, що визнання необхідної оборони підставою, що виключає відповідальність, базується на принципі «переважаючого інтересу». В стані необхідної оборони особа, що вчиняє склад злочинного діяння, повинна переслідувати

мету дотримання переважаючих інтересів. Ними можуть бути як власні інтереси особи, так і інтереси третіх осіб. Також в кримінально-правовій доктрині ФРН виділяють такі ознаки захисту, як придатність та необхідність. Придатним визнається захист, який виступає засобом припинення посягання без загрози власним інтересам. Необхідним визнається захист із використанням найощадливіших заходів [68, с. 592].

Кримінальний кодекс Іспанії в главі II розділу I Книги II розглядає необхідну оборону як «захист своєї особистості та своїх прав, а також особистості і прав інших людей», що є підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності. За ст. 21 цього кодексу захист можливий від нападу та в стані необхідності. Так, особа звільняється від кримінальної відповідальності при захисті себе або своїх прав, при захисті іншої особи або її прав. При цьому судовою практикою обов'язково вимагається дотримання трьох умов.

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

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

Третьою умовою правомірності захисту є відсутність провокації з боку особи, що захищається. Із цього правила випли-

ває, що провокація нападу виключає правомірність захисту [44, с. 74; 136, с. 132].

За кримінальним законодавством Швеції необхідна оборона називається «самообороною» (ст. 1 глави 24 КК) та є однією із «загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності». Самооборона за КК Швеції передбачає захист: від фактичного чи неминучого злочинного нападу на особу або власність; від особи, яку застали на місці скоєння злочину і яка силою, загрозою застосування сили або іншими способами перешкоджає поверненню власності; від особи, яка незаконно проникла або намагається проникнути до кімнати, будинку, двору чи судна; від особи, яка відмовляється покинути житло після того, як йому було наказано це зробити. Обов'язковою умовою ненастання кримінальної відповідальності у випадку спричинення шкоди при самообороні є «виправданість» дій того, хто захищається. Дії при самообороні визнаються злочином, якщо вони не виправдані характером нападу, цінністю об'єкта посягання та іншими обставинами [68, с. 604].

У кримінальному законодавстві Швейцарії (ст. 33 КК) необхідна оборона є «правомірною дією» (не є злочином чи проступком) та має місце, якщо на кого-небудь неправомірно нападають або кому-небудь безпосередньо загрожують нападом. В такому випадку особа, на яку нападають, або будь-яка інша особа мають право відбити напад способом, який співрозмірний обставинам нападу. Таким чином, для способів відбиття нападу вказана лише одна ознака — відповідність обставинам нападу. Всі інші умови необхідної оборони, зокрема, її суб'єкт, об'єкт, умови правомірності, відносяться на розсуд суду та трактуються судовою практикою [136, с. 132].

Кримінальний кодекс нашого сусіда — Російської Федерації (ст. 37) характеризує необхідну оборону як обставину, що виключає злочинність діяння, і формулює її визначення наступним чином: «Не є злочином заподіяння шкоди особі, що посягає в стані необхідної оборони, тобто при захисті особистості і

прав того, хто захищається, або інших осіб, охоронюваних законом інтересів суспільства чи держави від суспільно небезпечного посягання, якщо це посягання було пов'язане з насильством, небезпечним для життя особи, що обороняється або іншої особи, або з безпосередньою загрозою застосування такого насильства. Захист від посягання, не пов'язаного з насильством, небезпечним для життя особи, що обороняється, чи іншої особи, або з безпосередньою загрозою застосування такого насильства, є правомірним, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони, тобто умисних дій, які явно не відповідають характеру і небезпечності посягання [165]. В даному визначенні необхідної оборони існує її поділ на два види в залежності від: а) захисту від суспільно небезпечного посягання, якщо це посягання було пов'язане з насильством, небезпечним для життя особи, що обороняється, або іншої особи; б) захисту від суспільно небезпечного посягання, не пов'язаного з насильством, небезпечним для життя особи, що обороняється, чи іншої особи.

II. Дещо по-іншому розглядається інститут необхідної оборони в кримінальному праві країн англо-американської правової сім'ї. В Англії, де відсутній єдиний кримінальний кодекс, необхідна оборона називається «захист», є обставиною захисту від звинувачення та регулюється «загальним правом» і Законом «Про кримінальне право» 1967 року. Особа, яка діє в рамках самооборони, захисту іншої особи чи захисту майна, або для попередження порушення громадського порядку, незаконного позбавлення волі чи протиправного порушення права володіння може скористатися як захистом, передбаченим загальним правом, так і захистом, передбаченим Законом «Про кримінальне право» 1967 року. При цьому в деяких випадках захист можливий лише по загальному праву, наприклад, коли дії нападаючого, проти якого застосовувалась фізична сила, не є злочином, оскільки йому не виповнилось 14 років [79, с. 61].

Законом «Про кримінальне право» (ст. 3) передбачено, що необхідна оборона — це застосування особою фізичної сили в розумних межах для попередження та припинення злочину, або при здійсненні законного арешту правопорушника чи підозрюваного, або під час надання допомоги в такому арешті [155, с. 14]. Тобто особа має право застосовувати силу в розумних межах для захисту себе, іншої особи та майна. Цей закон також передбачає можливість позбавлення життя нападаючого в разі захисту від felony (тяжкого злочину — вбивства, згвалтування, розбою та ін.). Питання про те, чи була застосована сила розумно допустимою при даних обставинах, включає у себе два аспекти: а) чи виправдано застосування сили взагалі в даній ситуації; б) чи могла «розумна людина», що опинилася в подібній ситуації, визначити, яка сила є в цій ситуації допустимою. При цьому повинні досліджуватись всі обставини, які мають відношення до справи [82, с. 97].

В кримінальному законодавстві США необхідна оборона характеризується як «захист» та входить до системи обставин захисту від звинувачення (правомірних діянь). Кримінально-правове регулювання захисту в США здійснюється Примірним КК США та кодексами штатів. Примірний КК у розділі III «Загальні принципи визнання поведінки правомірною» розрізняє декілька видів захисту як правомірного діяння: застосування сили при самозахисті (ст. 3.04); застосування сили для захисту інших осіб (ст. 3.05); застосування сили для захисту майна (ст. 3.06); застосування сили при виконанні закону (ст. 3.07) [113, с. 61].

Загальновизнаною склалася думка, що найбільш вдалим серед кримінальних кодексів штатів є Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк 1967 року. Необхідна оборона відповідно до статті 35 розділу «С» («Захисти») КК штату Нью-Йорк характеризується як «застосування фізичної сили»: для захисту особи (параграф 35.15); для захисту приміщення і будь-якої нерухомості (параграф 35.20); для попередження або припинення крадіжки чи спричинення іншої кримінально-караної шкоди майну (параграф 35.25); для захисту в інших випадках (параграф 35.30).

Відповідно до параграфу 35.15 КК штату Нью-Йорк особа може застосовувати фізичну силу до нападаючого тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що це необхідно для захисту себе або третьої особи від застосування чи наявної загрози застосування протиправної фізичної сили з боку нападаючого. При цьому поведінка нападника не повинна бути спровокована особою, що захищається [79, с. 62–63].

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

Положення про необхідну оборону в КК штату Техас знаходяться у розділах «С» («Захист осіб») та «D» («Захист майна»). В параграфі 9.31 розділу «С» («Захист осіб») передбачені загальні умови застосування сили у відношенні іншої особи. Так, особа виправдано застосовує силу у відношенні іншого тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що ця сила негайно необхідна для захисту від незаконного посягання чи спроби такого посягання. Застосування такої сили не може бути виправданим у випадках: коли сила застосовується у відповідь на усну образу; опору арешту чи коли особа знає, що перед нею поліцейський чи інша особа, яка діє по вказівці поліцейського; коли особа погоджується із застосуванням щодо неї сили іншою особою; коли особа провокує іншого на застосування сили [79, с. 64].

Необхідна оборона в КК Австралії називається «самозахист» та закріплюється у розділі 10 «Обставини, пов'язані із

певними зовнішніми факторами». Вона є обставиною, що виключає кримінальну відповідальність, але не рахується правомірним діянням [112, с. 80]. Стаття 10.4 характеризує її конструкцію наступним чином: особа не підлягає кримінальній відповідальності за злочин, якщо вона здійснює діяння, яке представляє собою злочин, в умовах самозахисту. Самозахист має місце у випадках: якщо особа захищає себе або іншу особу і спричиняє певну шкоду тому, хто посягає; якщо особа розуміє, що знаходиться у стані захисту і має на меті захистити себе або іншу особу. Заборонено застосовувати самозахист від правомірних діянь. Більш детально ці питання визначаються у судовій практиці та у кримінальних кодексах штатів Австралії, які подібні кримінальним кодексам штатів США [113, с. 64, 156, с. 214].

III. Необхідна оборона за кримінальним правом Японії називається «правомірною обороною» та є обставиною, що виключає утворення складу злочину, тобто такою, що передбачає некараність діяння [181, с. 118]. Відповідно до ст. 36 КК Японії правомірна оборона визначається наступним чином: дія, яка обов'язково необхідна для того, щоб захистити себе чи іншу особу від безпосередньої загрози неправомірного заподіяння шкоди праву, не підлягає покаранню. Кримінальний закон не розкриває ознак та критеріїв, необхідних для законодавчого тлумачення правомірності захисту. Натомість в науці кримінального права Японії та у практиці на підставі судових прецедентів склалися наступні три основні критерії (ознаки) правомірної оборони:

а) вимушеність діяння, яка означає те, що захисна дія є необхідною, а засіб її здійснення є належним;

б) захист своїх прав або прав іншої особи. Права при цьому розглядаються достатньо широко — як інтереси, що захищаються законом, а під захистом розуміється безпосереднє усунення самої шкоди. При цьому в науці активно ведуться дискусії про те, чи можна до прав, що захищаються правомірною

обороною, відносити державні та суспільні інтереси. Переважаючою виступає думка, що об'єктом правомірної оборони повинні виступати лише інтереси індивідуального характеру;

в) захист від безпосередньої загрози неправомірної шкоди. Це означає, що «прямо перед очами» насувається шкода правовим інтересам, і терміновість необхідна тому, що нанесення шкоди перебуває в стадії продовження. «Безпосередність загрози» означає «навислу» саме зараз небезпеку заподіяння шкоди правовим інтересам. «Неправомірність шкоди» означає, що шкода є протиправною з точки зору загальних правових норм [162, с. 474–475].

Проаналізувавши кримінально-правові норми про поняття та ознаки необхідної оборони в кримінальному законодавстві зарубіжних країн, ми можемо дійти певних висновків:

1) поняття «необхідна оборона» формулюється як «захист» (КК США, КК Іспанії, кримінальне законодавство Англії), «правомірний захист» (КК Франції), «правомірна оборона» (КК Японії), «самооборона» (КК Швеції), «самозахист» (КК Австралії), «необхідна оборона» (КК ФРН, КК Росії).

2) форма здійснення необхідної оборони у кримінальному законодавстві країн континентальної правової сім'ї характеризується через «дії (діяння), направлені (спрямовані) на заподіяння шкоди», а у кримінальному законодавстві країн англосаксонської правової сім'ї — через «застосування сили (фізичної сили)»;

3) головними об'єктами захисту при необхідній обороні, які безпосередньо вказуються кримінальним законом при визначенні її поняття, є:

– особа, що захищається, її життя і здоров'я, права і свободи — цей об'єкт поставлений на перше місце при характеристиці поняття необхідна оборона в країнах англосаксонської правової сім'ї (Англії, США, Австралії) та континентальної правової сім'ї (Франції, ФРН). При цьому захист себе тракту-

ється законодавчо та судовою практикою як захист свого життя і здоров'я, прав і свобод;

– інші особи, їх життя і здоров'я, права і свободи — цей об'єкт, умовно кажучи, поставлений на друге місце і може звучати в різних інтерпретаціях — захист «кого-небудь іншого» (ФРН), захист «особистості і прав інших людей» (Іспанія) тощо. Захист іншої особи також включає в себе захист її життя і здоров'я, прав і свобод;

– власність (в тому числі майно, житло, приміщення) — цей об'єкт найбільш повно визначений у кримінальному праві країн англосаксонської правової сім'ї (Англії, США), а також у кримінальному праві Франції. Причому в кримінальному законодавстві США захист цього об'єкта характеризується як окремий вид необхідної оборони («захисту»), якому присвячені окремі розділи (параграфи 35.20, 35.25 КК штату Нью-Йорк, розділ «D» («Захист майна») КК штату Техас), а в КК Франції — окремі норми (ст. 122-6). Центральною складовою в категорії власність виступає житло або інше приміщення особи, що захищається.

Якщо розглянути законодавчу конструкцію поняття «необхідна оборона» у ст. 36 КК України, то можна визначити, що українське кримінальне законодавство об'єктами захисту при необхідній обороні визначає:

– охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається;

– охоронювані законом права та інтереси іншої особи;

– суспільні інтереси;

– інтереси держави.

На нашу думку, фраза «охоронювані законом права та інтереси» для особи, що захищається, або іншої особи є досить загальним формулюванням, яке не вказує на конкретні об'єкти захисту. У зв'язку з перетворенням України у демократичну і соціальну державу, кримінальне законодавство повинно бути чітким, зрозумілим та спрямовуватись на захист конкретних

прав і свобод людини і громадянина. Зокрема, С. Кулинич та А. Волков зазначають, що положення ст. 36 КК України є втіленням у кримінальне законодавство конституційних засад про право кожного на захист свого життя і здоров'я, гарантованої недоторканності житла, а також на захист будь-якої особи від злочинних посягань [63, с. 69]. Тому ми вважаємо, що при визначенні об'єкта необхідної оборони у ст. 36 КК України, який має право захищати особу від суспільно небезпечного посягання, потрібно його конкретизувати та вказати, що ним є:

– життя і здоров'я, права і свободи особи, що захищається,

– життя і здоров'я, права і свободи інших осіб;

– власність.

Вказані нами об'єкти безпосередньо визначені у статті 27 Конституції України у якості основних. Згідно з цією статтею: «кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань» [51, с. 6]. У зв'язку з тим, що ст. 36 КК України є безпосереднім втіленням ст. 27 Конституції України у кримінальне право, ми вважаємо, що об'єкти захисту при необхідній обороні повинні визначатися у викладеній нами вище послідовності.

Крім того, стосовно таких другорядних об'єктів захисту, як «суспільні інтереси» та «інтереси держави», потрібно зазначити, що, на думку авторів, у зв'язку із перетворенням України із тоталітарної у демократичну державу, відпала необхідність визначати об'єктом захисту при необхідній обороні «державні інтереси», оскільки захист державних інтересів від суспільно небезпечних посягань в теперішній час покладено на розгалужену систему державних органів та їх посадових осіб, які наділені належними повноваженнями та можуть здійснювати його з правом застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї.

Також, з погляду правил юридичної техніки, незрозумілою у визначенні поняття необхідна оборона за ст. 36 КК України є фраза «необхідна оборона — це дії, вчинені з метою… шляхом

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

Відповідно до вищевикладеного, у ч. 1 ст. 36 КК України поняття «необхідна оборона» автори пропонують удосконалити та визначити наступним чином: «Необхідною обороною визнаються дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання». Таким же чином пропонуємо удосконалити та викласти поняття «необхідна оборона» і в абз. 1 п. 2. Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону».

В противагу запропонованому авторами визначенню можна висунути тезу, що визначений авторами об'єкт необхідної оборони, який представляє собою «життя і здоров'я, права і свободи, власність особи, що захищається, або іншої особи», є більш вужчим, ніж «охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається, або іншої особи», і може не включати певні інтереси, щодо яких може здійснюватися необхідна оборона в кримінально-правовому значенні. Розберемо це питан-

ня більш докладніше, для чого нам потрібно визначитися із характеристикою самого поняття «охоронюваний законом інтерес». Конституційний Суд України у своєму Рішенні № 18-РП/2004 від 01.12.2004 р. дає йому наступне визначення: це прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам [130]. Тобто інтерес як категорія включає у себе такі аспекти, як увага, зацікавленість, користь, вигода. У якості інтересів можуть наводитись наступні приклади: зацікавленість у здоровому підростаючому поколінні; зацікавленість автора у високому гонорарі; зацікавленість підозрюваного у спростуванні підозри тощо [13].

Якщо розглядати співвідношення понять «права і свободи» та «інтерес» щодо конкретного соціального блага, яке стає об'єктом кримінально-правової охорони держави, то можна визначити, що «інтерес» виступає причиною визнання державою певного соціального блага таким об'єктом охорони, а «права і свободи» — наслідком такого визнання, тобто своєрідним результатом визнання, що передбачає відповідне закріплення у кримінальному законі як об'єкта кримінально-правової охорони. При цьому потрібно відзначити, що охоронюваний законом інтерес може бути як справедливим, так і несправедливим. Наприклад, інтерес підозрюваного у злочині затягнути або заплутати слідство може реалізовуватися через його право відмовитись від дачі показань, яке охороняється кримінально-процесуальним законом.

На нашу думку, при застосуванні необхідної оборони за КК України об'єктом захисту у ній виступають саме конкрет-

ні права і свободи, які поставлені під кримінально-правову охорону. Будь-які інші охоронювані законом інтереси або мають інтерпретацію у відповідних правах і свободах (наприклад, інтерес зберегти майно — у праві власності, інтерес використовувати житло лише для власних потреб — у праві на недоторканість житла, інтерес захистити себе від ґвалтівника — у праві на статеву недоторканність тощо), або не є настільки значними, щоб посягання на них мало належний ступінь суспільної небезпеки і було кримінально караним діянням. Для захисту такої групи охоронюваних законом інтересів, які не є настільки значними, щоб посягання на них мало належний ступінь суспільної небезпеки, на нашу думку, існують норми про необхідну оборону у адміністративному праві (ст. 19 КУпАП), які регулюють правомірний захист особи від адміністративних правопорушень. Розглянемо це на прикладі хуліганства, яке може виступати одночасно і суспільно небезпечним діянням (злочином) за ст. 296 КК України і адміністративним проступком за ст. 173 КУпАП. Якщо хуліганські дії є дрібними (наприклад, безадресна нецензурна лайка у маршрутці), вони можуть посягати виключно на певні охоронювані законом інтереси, щодо яких не завжди є конкретні права і свободи, такі як прагнення знаходитися у спокійному середовищі, прагнення зберегти душевний спокій, бажання до суцільного порядку тощо. Захист від таких хуліганських дій, що посягають на охоронювані законом інтереси і не мають належного ступеня суспільної небезпеки, здійснюється в рамках необхідної оборони в адміністративному праві за ст. 19 КУпАП. Однак, коли хуліганські дії є грубими і супроводжуються особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, вони посягають на конкретні права і свободи громадян (життя і здоров'я, власність особи тощо), які знаходяться під кримінально-правовою охороною і відносно яких охоронювані законом інтереси є похідними (повністю входять в об'єм цих прав і свобод). Захист громадян від таких хуліган-

ських дій, які мають належний ступінь суспільної небезпеки та є суспільно небезпечним посяганням, здійснюється в рамках кримінального права за ст. 36 КК України.

Існують й інші обґрунтування того, що «охоронювані законом інтереси» не є належним об'єктом необхідної оборони в кримінально-правовому значенні. Наприклад, Я. Мочкош зазначає, що «наведене в КК України формулювання охоронювані законом права та інтереси є вкрай узагальненим поняттям… інтереси — це не реально існуючі і охоронювані законом цінності і блага, які належать людині чи державі, а суспільно-психологічна категорія. В психології визначено, що інтерес — це вибіркове ставлення особи (чи суспільства в цілому) до предметів і явищ завдяки розумінню їх значення; одна із форм спрямування, зосередженість думок людини на певній події чи явищі, який в подальшому є лише мотивом діяння» [82, с. 98]. Вважаємо, що більш вдалим є саме наше обґрунтування, а позиція Я. Мочкоша не враховує того, що категорія «інтерес», яка знаходиться в основі поняття «охоронюваний законом інтерес», може використовуватися в різних значеннях в залежності від галузі науки, де вона розглядається: філософському, соціологічному, психологічному, економічному, юридичному, тобто є загальнонауковою категорією.

На основі запропонованого нами визначення поняття «необхідна оборона» в ч. 1 ст. 36 КК України ми можемо виділити наступні її ознаки:

1) вона є свідомим вольовим вчинком у вигляді активних дій особи. Необхідна оборона не може здійснюватися шляхом бездіяльності. У випадку, якщо особа для свого захисту встановила механічні та інші пристрої, які потім автоматично спрацювали і спричинили шкоду тому, хто посягає, діями особи, через які вона реалізувала своє право на необхідну оборону, є встановлення таких пристроїв;

2) соціальна корисність — її метою є захист особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтере-

сів або захист інших осіб, тобто соціально корисні цілі. За цією ознакою необхідна оборона відрізняється від злочинів, оскільки її мета відповідає інтересам суспільства і держави;

3) обґрунтованість — підставою для її застосування є лише вчинення особою суспільно небезпечного посягання або реальна загроза його здійснення;

4) спрямованість на заподіяння шкоди — вона спрямована на заподіяння тому, хто посягає, певної шкоди. Шкода при необхідній обороні може бути тяжкою та нетяжкою. Тяжка шкода пов'язана із заподіянням особі, що посягає, смерті або тяжких тілесних ушкоджень, а нетяжка — із заподіянням легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень;

5) правомірність — вона повинна бути необхідною і достатньою для негайного відвернення чи припинення посягання. Ця ознака в більшій мірі характеризує дотримання меж необхідної оборони, тобто відповідність її тим положенням (умовам), які закріплені в законі;

6) некараність — кримінальний кодекс не встановлює при її правомірному здійсненні кримінальну відповідальність.

В науці кримінального права існують й інші погляди стосовно ознак необхідної оборони. Так, наприклад, П. Л. Фріс виділяє наступні ознаки необхідної оборони: 1) вчинення особою дій, які відповідають ознакам діяння, передбаченого чинним кримінальним законодавством як злочин; 2) здійснення цих дій при захисті від суспільно небезпечного посягання (у т. ч. злочину) на охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається, іншої особи, а також суспільні інтереси й інтереси держави; 3) заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої для негайного відвернення посягання чи його припинення; 4) відсутність у діях особи, які скоєні під час необхідної оборони, суспільної небезпеки [178, с. 249–250].

Тепер хотілося би докладніше проаналізувати саму структуру назви цієї обставини, що виключає злочинність діяння. Для цього розглянемо структуру словосполучення «необхідна

оборона» з точки зору правил юридичної техніки та філологічних особливостей з метою визначення найбільш юридично досконалої конструкції цієї структури. В зарубіжному кримінальному законодавстві така структура звучить як «захист», «правомірний захист», «правомірна оборона», «самооборона», «самозахист».

Спочатку нам потрібно визначитися із співвідношенням понять «оборона», «захист» та «самооборона» («самозахист»). Поняття «оборона» і «захист» із філологічної точки зору є синонімами але мають певну різницю. Поняття оборона використовується щодо колективних широкомасштабних дій (наприклад, оборона міста, оборона у шахах), а також розглядається як сукупність засобів що її забезпечують (наприклад, система загороджень, система вогню тощо). Із свого колективного широкомасштабного змісту оборона характеризується пасивністю, тобто передбачає загальні пасивні дії щодо певного об'єкта, які зводяться до відбиття загальних атак, ударів, наскоків, пов'язані із блоками, перегородками тощо. Якщо після оборони відбувається перехід до колективних активних дій, то такі дії розглядаються як контратака. Також з точки зору правил юридичної техніки та стилістики неможливо говорити про оборону життя і здоров'я, прав і свобод, власності — вказані об'єкти можна захищати, а не обороняти.

Захист розглядається як засіб індивідуальних дій, пов'язаний із відгородженням від зовнішньої загрози, нападу та іншого небажаного впливу. Захист може бути як пасивним, так і активним та передбачає не лише індивідуальні пасивні, а і активні дії особи щодо певного об'єкта, які, крім різних блоків, перегородок, надають можливість нанесення зустрічного удару, удару на випередження нападу тощо. З точки зору правил юридичної техніки в праві використовується саме поняття «захист» стосовно таких об'єктів, як життя і здоров'я, права і свободи, власність, оскільки він є індивідуальним (для конкретної особи) та передбачає, крім пасивних, ще і активні дії

особи. Наприклад, у цивільному праві одним із активних способів захисту цивільних прав, які порушуються або порушені, є звернення до суду з відповідною позовною заявою, притримання речі тощо. При формулюванні визначення поняття «необхідна оборона» в ч. 1 ст. 36 КК України законодавець каже саме про «дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається», «обстановку захисту», «захист від нападу озброєної особи» тощо.

«Самооборона» та «самозахист» є ще більш вузькими поняттями, ніж «оборона» чи «захист», оскільки передбачають виключно оборону (захист) себе, тобто свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, і не передбачають можливості оборони (захисту) сторонніх осіб чи суспільних інтересів.

У зв'язку з цим ми приходимо до висновку, що поняття «захист» є найбільш оптимальним для характеристики серед групи понять «оборона», «захист», «самооборона» та «самозахист».

Тепер розглянемо словосполучення «необхідний захист» і «правомірний захист». Кожний з цих прикметників характеризує поняття «захист» з того чи іншого боку. Правомірний захист — це захист, заснований на праві та відповідних правах особи, що захищається. Захист визнається правомірним, якщо при його здійсненні не було допущено перевищення встановлених правом меж. Необхідний захист — це такий захист, який викликаний необхідністю (тобто особа вимушена його вчинити), що потрібно для досягнення певної мети. На нашу думку, з урахуванням існуючої законодавчої конструкції частини 1 ст. 36 КК України, де сформована мета захисту та існує вказівка на те, що спричинена шкода має бути «необхідною і достатньою...», системоутворюючим можливо визначити саме прикметник «необхідний». При цьому у кримінальному праві України прикметник «правомірний» більше використовується при характеристиці поняття перевищення меж необхідної оборони в ч. 3 ст. 36 КК України, а саме — при

визначенні умов правомірності захисту та дотримання його допустимих меж.

Таким чином, узагальнюючи викладене, можемо зазначити, що з точки зору правил юридичної техніки та стилістики при викладенні ст. 36 КК України найбільш оптимальною її назвою (характеристикою), на нашу думку, є словосполучення «Необхідний захист».

Перейдемо до розгляду юридичного складу необхідної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння. Юридичний склад необхідної оборони, як і будь-якого правомірного суспільно корисного вчинку, складається із наступних елементів:

I. Правової та фактичної підстави.

II. Суб'єкта.

III. Об'єкта.

IV. Об'єктивної сторони.

V. Суб'єктивної сторони (суб'єктивного контролю).

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

Суб'єктами суспільно небезпечного посягання можуть бути будь-які особи: які досягли чи не досягли віку, з якого

настає кримінальна відповідальність; осудні та неосудні особи; приватні або посадові особи; одна особа або група осіб. В науковій літературі існують різні погляди щодо особливостей здійснення необхідної оборони проти посягань психічно хворих або малолітніх осіб. Зокрема, професор Ю. М. Ткачевський вважає, що в таких випадках слід приймати заходи по ухиленню від посягання цієї категорії осіб, а якщо це неможливо, то намагатися спричинити їм мінімальну шкоду [148, с. 25]. На нашу думку, така позиція є недостатньо обґрунтованою, оскільки агресивність і небезпечність зазначених осіб буває набагато вищою, ніж психічно здорової чи повнолітньої людини. В практиці відомі випадки, коли вищезазначеними категоріями осіб неодноразово вчинялись навіть особливо тяжкі суспільно небезпечні діяння, тому захист від їх посягань повинен здійснюватися на такому ж рівні, як і від посягань інших осіб [9, с. 87]. Таким чином, захист при необхідній обороні допускається щодо будь-яких суспільно небезпечних діянь, в т. ч. необережних і навіть невинних, якщо ними створювалась реальна загроза заподіяння шкоди.

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

Вироком Марийського районного суду Донецької області від 22 лютого 2001 р. М. було засуджено за ч. 3 ст. 101 КК на п'ять років позбавлення волі. Ухвалою судової колегії в кримінальних справах Донецького обласного суду від 18 травня 2001 р. цей вирок залишено без зміни. Колегія суддів палати з кримінальних справ Верховного Суду України, у зв'язку з вчиненням М. діяння у стані необхідної оборони, вирок Марийського районного суду Донецької області та ухвалу судової колегії в кримінальних справах Донецького обласного суду щодо М. скасувала, провадження у справі закрила на підставі п. 2 ст. 6 КПК — за відсутністю в діях М. складу злочину [125, с. 27–29]. Цей приклад показує, що районний та обласний суди Донецької області при винесенні рішення та кваліфікації захисних дій М. як перевищення меж необхідної оборони помилилися відносно об'єкта посягання Х., вирішивши, що ним є власність М., і не оцінили той факт, що посягання Х. в процесі його здійснення перейшло на інший об'єкт — життя і здоров'я М. За таких обставин М. вправі був захищатися вказаними вище засобами, оскільки він здійснював захист вже свого життя, а не майна.

Ю. В. Баулін, розглядаючи необхідну оборону як обставину, що виключає злочинність діяння, виділяє правову та фактичну підставу необхідної оборони. Правовою підставою необхідної оборони є саме суспільно небезпечне посягання, яке направлене на спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам особи, що обороняється, або іншої особи, суспільним інтересам чи інтересам держави. При цьому суспільно небезпечне посягання може бути здійснене особою як безпосередньо (наприклад, спроба задушити жертву, вкрасти майно

і т. д.), так і з використанням спеціальних засобів, таких як зброї, механізмів і тварин. Використання спеціальних засобів свідчить про підвищену небезпеку посягання. Фактичною підставою необхідної оборони є викликана обстановкою захисту необхідність в негайному спричиненні особі, що посягає, шкоди з метою попередження чи припинення суспільно небезпечного посягання. При цьому необхідність негайного спричинення шкоди тому, хто посягає, має місце там і тоді, де і коли невжиття таких заходів по попередженню та припиненню посягання загрожує спричиненням явної і непоправної шкоди правоохоронюваним інтересам [6, с. 235–237].

Суспільно небезпечне посягання, як правова підстава необхідної оборони, може полягати не лише у нападі, але й у інших кримінально-правових діях, які не є нападом (наприклад, крадіжка, зґвалтування, хуліганство та інші). Деякі вчені, зокрема, М. Й. Коржанський, вважають, що посягання повинно мати характер нападу, який загрожує тяжкими наслідками [52, с. 219]. Однак з цим не можна погодитись, оскільки подібне твердження суттєво звужує право на необхідну оборону, зокрема, від вищевказаних нами злочинів, таких як крадіжка, ненасильницький грабіж, хуліганство, зґвалтування та інших злочинів, що не обов'язково вчиняються шляхом нападу.

В науці кримінального права пропонується визнати суспільно небезпечним посяганням, щодо якого допускається необхідна оборона, і таке посягання, яке здійснюється бездіяльністю особи, наприклад, насильство матері, яка відмовляється годувати свою новонароджену дитину, або насильство щодо нетверезого водія, який створює аварійну обстановку [189, с. 190]. Наприклад, В. І. Ткаченко виділяв оборону від бездіяльності у самостійну обставину, що виключає злочинність діяння — примус до дії для виконання правового обов'язку [150, с. 11]. Однак більшість науковців не поділяють дану точку зору, вважаючи, що це може призвести до збільшення випадків самоправства. На їхню думку, при припиненні суспільно небезпечної бездіяльності, нанесення особі, що посягає, шкоди не буде виступати як засіб негайного попередження чи припинення посягання, і тому виникає стан крайньої необхідності або інших обставин, що виключають злочинність діяння [147, с. 21], а не необхідної оборони.

Якщо дослідити правове регулювання підстави виникнення права на необхідну оборону в узагальненні судової практики України, то можна зробити висновок, що відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» підставою необхідної оборони є також створення реальної загрози заподіяння шкоди. В абз. 2 п. 2 цієї постанови зазначено, що «...стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподіяння шкоди. При з'ясуванні наявності такої загрози необхідно враховувати поведінку нападника, зокрема, спрямованість умислу, інтенсивність і характер його дій, що дають особі, яка захищається, підстави сприймати загрозу як реальну» [121, с. 31]. Таким чином, оборона можлива і до початку фізичних дій особи, що посягає — з моменту, коли виникла реальна загроза посягання.

Розглянемо таку підставу необхідної оборони на прикладі з практики: Т. у компанії друзів відпочивав на березі моря. В цей час до них підійшли раніше незнайомі їм Г. та Д., які, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, вимагали поїхати з ними до села по горілку, пропонуючи свій бензин. На прохання Т. залишити його та друзів у спокої Г. та Д. не реагували і розпочали бійку, на повідомлення Т. про застосування засобу індивідуального захисту (газового пістолету) Г. намагався вдарити Т. і, разом з Д., погрожуючи спалити автомобіль, почав демонструвати пластикову пляшку з бензином. Боячись, що п'яні та агресивні Г. і Д., які вчиняли хуліганство, можуть спричинити фізичну шкоду йому, присутнім дівчатам та автомобілю, Т., не вбачаючи іншого способу зупинити дії

Г., не прицілюючись, зробив постріл у його бік. У цей час під'їхали М. та його дружина Н. Не вияснивши причину конфлікту, Н. почала бити відром по лобовому склу автомобіля, в який перебрався Т. із дівчатами, розбите скло летіло у салон та поранило друзів Т., спричинивши їм легкі тілесні ушкодження, у зв'язку з чим Т. здійснив неприцільний постріл в бік Н. У цей час М. наблизився до автомобіля, повалив Т. в салон і почав викручувати руку, намагаючись заволодіти пістолетом, проте Т. відвернувши від себе його руку, здійснив постріл в обличчя М., яким поранив його в око і спричинив М. тяжкі тілесні ушкодження [170].

Вироком Роздольненського районного суду Автономної Республіки Крим від 21 березня 2007 року Т. було засуджено за перевищення меж необхідної оборони за ст. 124 КК України на 1 рік обмеження волі, а на підставі ст.ст. 49, 74 КК України звільнено від призначеного покарання. Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 29 травня 2007 року вирок змінено, виключено вказівку про призначення Т. покарання у виді 1 року обмеження волі. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вирок Роздольненського районного суду Автономної Республіки Крим та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Автономної Республіки Крим скасувала, а справу щодо Т. закрила за п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України за відсутністю в його діях складу злочину [170]. Таким чином, у даній ситуації місцевий та апеляційний суди АРК не застосували щодо Т. норму про правомірність необхідної оборони від реальної загрози заподіяння шкоди його майну — автомобілю з боку Н., реальної загрози заподіяння шкоди його життю і здоров'ю з боку М., реальної загрози заподіяння шкоди життю і здоров'ю інших осіб — дівчат, які перебували із ним в автомобілі, що призвело до винесення неправильного рішення про наявність в діях Т. перевищення меж необхідної оборони.

Аналізуючи вищевикладене, ми можемо зробити висновок, що правовою підставою необхідної оборони є не лише суспільно небезпечне посягання, а і реальна загроза його здійснення, що беззаперечно доводить наведений приклад з практики та Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону». Однак ч. 2 ст. 36 КК України до правової підстави необхідної оборони відносить лише «суспільно небезпечне посягання». Так, в цьому пункті зазначено: «Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади» [54, с. 19]. Тому, на нашу думку, ч. 2 ст. 36 КК України необхідно конкретизувати щодо правової підстави необхідної оборони і викласти наступним чином: «Кожна особа має право на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення незалежно від можливості його уникнути або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади». Ми вважаємо, що саме таке викладення ч. 2 ст. 36 КК України більш повно та досконало регулює правову підставу для застосування права на необхідну оборону, та втілює до КК України положення п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» [107, с. 176; 108, с. 35].

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

II. Перейдемо до розгляду питання про суб'єкт необхідної оборони як елементу її юридичного складу. Суб'єктом необхідної оборони, на нашу думку, може бути лише приватна осо-

ба, для якої така оборона є реалізацією її суб'єктивного права. Спеціально уповноважені особи держави, такі як працівники правоохоронних органів, військовослужбовці при попередженні та припиненні суспільно небезпечних посягань під час виконання ними своїх службових обов'язків здійснюють, на нашу думку, свої службові владні повноваження, які передбачені спеціальними законами, що регулюють їх діяльність (це питання детальніше розглядається нами у розділі III). Суб'єктами необхідної оборони можуть бути як самі потерпілі, які зазнали посягання, так і будь-які сторонні особи, які стали очевидцями цього посягання. При цьому такі сторонні особи здійснюють право на необхідну оборону з метою захисту життя і здоров'я, прав і свобод, власності інших осіб. Наведемо приклад застосування необхідної оборони із метою захисту сторонніх осіб з практики: 14 лютого 2005 року, близько 22 год., на кухні комунальної квартири між С. (особою чоловічої статі) та Т. (особою жіночої статі), яка була дружиною Р., виникла сварка. Під час сварки С., на ґрунті особистих неприязних відносин до Т., почав наносити їй удари, чим заподіяв Т. середньої тяжкості тілесні ушкодження. Р., почувши крики своєї дружини Т. і прибігши на кухню, побачив, що С. бив його дружину. З метою захисту своєї дружини Р. завдав С. п'ять ударів руками по різних частинах тіла, спричинивши тому тяжкі тілесні ушкодження, які небезпечні для життя у момент їх заподіяння [169].

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

України залишили ухвалу Дзержинського районного суду м. Харкова без змін [169].

Тобто в даному випадку Р. здійснив необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання С., спрямованого на спричинення шкоди здоров'ю іншої особи — своєї дружини Т., однак перевищив межі необхідної оборони і спричинив тяжкі тілесні ушкодження С., які явно не відповідали небезпечності посягання.

Необхідну оборону може здійснювати як одна особа, так і декілька осіб разом. При цьому, відповідно до ч. 2 ст. 36 КК України та п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону», кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади. Це означає, що право на необхідну оборону є самостійним, а не додатковим (субсидіарним) правом щодо діяльності органів держави і службових осіб, спеціально уповноважених охороняти правопорядок. Тобто наявність права на необхідну оборону не пов'язане з наявною для особи можливістю уникнути посягання, звернутися за допомогою до представників влади чи інших громадян.

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

квартиру. Апеляційний суд Чернівецької області ухвалою від 3 січня 2004 р. вирок залишив без зміни.

У касаційній скарзі М. просила постановлені у справі судові рішення скасувати, а справу закрити у зв'язку з відсутністю в її діях складу злочину, оскільки вона діяла у стані необхідної оборони. М. в суді заявляла, що Б. увірвалася до неї в квартиру з ганчіркою, у зв'язку з чим вони з чоловіком виштовхнули її з помешкання, при цьому, можливо, спричинивши «подряпину», або ж потерпіла впала. Потерпіла Б. визнала, що прийшла до М., щоб з'ясувати стосунки, а М. вдарила її палицею по руці. У зв'язку з тим що інцидент стався у квартирі М., а Б., використовуючи нікчемний привід, прийшла до зазначеної квартири і зчинила там сварку, М. діяла у стані необхідної оборони. Відповідно до ч. 2 ст. 36 КК України кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання. На підставі наведених висновків та посилаючись на ч. 2 ст. 36 КК України, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного суду України вирок Ленінського районного суду м. Чернівців та ухвалу Апеляційного суду Чернівецької області скасувала і справу щодо М. закрила за відсутністю в її діях складу злочину [125, с. 29–30]. Таким чином, в даному випадку Верховний Суд України підтвердив можливість реалізації права на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання і скасував необґрунтовані рішення судів попередніх інстанцій.

III. Розглянемо об'єкт необхідної оборони як елемент її юридичного складу. Об'єктом необхідної оборони є особа, що посягає, її життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, право власності, відносно яких суб'єкт вчиняє дії, направлені на заподіяння шкоди, з метою попередження або припинення суспільно небезпечного посягання. Шкода при необхідній обороні повинна заподіюватися лише тому, хто посягає, його правам та інтересам. Коли осіб, які посягають, декілька, то

особа, яка захищається, може заподіяти шкоду як одному з тих, хто посягає, так і кожному з них. Заподіяння шкоди правам та інтересам інших осіб не підпадає під ознаки необхідної оборони і розглядається в залежності від ситуації наступним чином: 1) особа, що захищається, свідомо заподіює шкоду третім особам, наприклад, завдає шкоду особі, яка заважає вжиттю заходів по попередженню або припиненню посягання. В цьому випадку оцінка завданої шкоди повинна ґрунтуватися на правилах крайньої необхідності або інших обставин, що виключають злочинність діяння; 2) особа, що захищається, завдає шкоду іншій особі, не причетній до суспільно небезпечного посягання, яку вона помилково сприйняла за того, хто посягає. В цьому випадку може мати місце уявна оборона або злочин, вчинений через необережність; 3) особа, що захищається, під час необхідної оборони випадково завдає своїми діями шкоду стороннім особам. В цьому випадку може мати місце казус або злочин, вчинений через необережність.

Вказівка на те, що об'єктом необхідної оборони є особа, що посягає, безпосередньо закріплена в самому Кримінальному кодексі. Відповідно до ч. 1 ст. 36 КК України необхідна оборона здійснюється шляхом заподіяння шкоди особі, що посягає. Практика застосування необхідної оборони свідчить про те, що її об'єктами найчастіше виступають життя та здоров'я, особиста свобода та недоторканність особи, що посягає, а також її майно. При цьому характер такого об'єкта залежить в першу чергу від характеру і ступеня небезпечності самого посягання, а також від реальних можливостей особи, що захищається, попередити чи припинити посягання.

IV. Об'єктивна сторона як елемент юридичного складу необхідної оборони в КК України формулюється в ч. 1 ст. 36 як «дії, вчинені з метою... шляхом заподіяння шкоди, необхідної і достатньої, в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони» [54, с. 19].

Як вже зазначалося авторами при розгляді питання про поняття «необхідна оборона», з точки зору правил юридичної техніки та філологічного тлумачення дії особи, що захищається, не можуть бути «вчинені шляхом заподіяння шкоди», вони повинні бути «спрямовані на заподіяння шкоди», тобто заподіяння шкоди виступає як можливий результат цих дій, якого в певних випадках може і не бути. Тому об'єктивна сторона необхідної оборони повинна характеризуватись як «дії, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони». Відповідно до цього, з об'єктивної сторони необхідна оборона характеризується:

1) здійсненням особою дій, які підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом;

2) заподіяння тому, хто посягає, шкоди в певних межах;

3) причинним зв'язком між діями особи, що захищається, та заподіянням тому, хто посягає, шкоди.

Першим елементом об'єктивної сторони необхідної оборони є дії особи, що захищається, які передбачають активну поведінку однієї або декількох осіб, які є суб'єктами необхідної оборони. Такими діями можуть бути застосування фізичної сили (наприклад, нанесення ударів тому, хто посягає, зв'язування його або застосування щодо нього больових прийомів), застосування зброї та інших спеціальних засобів, застосування автоматичних пристроїв та механізмів, направлених на завдання шкоди. Більш детально це питання розглядатиметься нижче при визначенні способів, за допомогою яких може бути здійснена необхідна оборона. Здійсненні особою дії повинні підпадати під ознаки певного злочинного діяння, наприклад, нанесення побоїв, різної тяжкості тілесних ушкоджень тому, хто посягає, вбивства того, хто посягає, знищення або пошкодження його майна. Вчинення інших дій, які не підпадають під ознаки злочинного діяння і не мають

кримінально-правового значення, тобто не характеризуються в КК України як певний склад злочину, повинно розглядатися у рамках необхідної оборони в адміністративному праві за ст. 19 КУпАП «Необхідна оборона».

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

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

V. Суб'єктивна сторона (суб'єктивний контроль) як елемент юридичного складу необхідної оборони характеризується психічним ставленням особи, що захищається, до суспільно небезпечного посягання та до здійснюваних ним захисних

дій, направлених на попередження або припинення посягання. Вона може розглядатися з точки зору інтелектуального та вольового моментів, оскільки, на відміну від злочину, необхідна оборона як правомірний суспільно корисний вчинок здійснюється на підставі свідомої оцінки суб'єктом навколишнього середовища і прийняття ним свідомого вольового рішення та не містить такої категорії, як умисел [6, с. 194–195].

В теорії кримінального права інтелектуальний момент суб'єктивної сторони необхідної оборони полягає в усвідомленні і передбаченні особою наслідків своїх захисних дій. Тобто суб'єкт, який знаходиться у стані необхідної оборони, повинен усвідомлювати: 1) що проти нього або іншої особи відбувається суспільно небезпечне посягання; 2) що воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності його або іншої особи чи суспільним інтересам; 3) для його попередження або припинення потрібне негайне вчинення дій, направлених на заподіяння шкоди особі, що посягає; 4) в даній обстановці для попередження або припинення посягання необхідно вчинити саме ті дії, які відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту; 5) у випадку закінчення посягання необхідність у здійсненні необхідної оборони відпадає, але виникає право на затримання злочинця. Відповідно, суб'єкт, який знаходиться у стані необхідної оборони, повинен передбачити: 1) що його дії будуть направлені на захист від суспільно небезпечного посягання; 2) що його дії заподіють шкоду саме особі, яка посягає; 3) що наслідком його дій може бути заподіяння такої шкоди, яка необхідна для негайного відвернення або припинення посягання.

Вольовий момент суб'єктивної сторони необхідної оборони характеризує бажання особи, що захищається, вчинити дії, направлені на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, які є необхідним засобом для попередження або припинення суспільно небезпечного посягання. Якщо особа, що обороняється, прагне вчинити дії, направлені на заподіяння тому, хто посягає,

шкоди з метою досягнути іншого результату (наприклад, спричинити тому, хто посягає, страждання, помститися за приниження), то відповідальність за таку шкоду повинна наставати на загальних підставах.

Таким чином, із вольовим моментом суб'єктивної сторони необхідної оборони з точки зору психічного ставлення особи, що захищається, до суспільно небезпечного посягання тісно пов'язані мотиви та мета необхідної оборони. Мета необхідної оборони безпосередньо визначена у ч. 1 ст. 36 КК України і полягає у захисті особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів у захисті інших осіб від суспільно небезпечного посягання. В той же час у юридичній літературі панує думка про те, що захист особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності — це не безпосередня мета необхідної оборони, і при здійсненні особою права на необхідну оборону існує проміжна та кінцева мета. Проміжною метою є заподіяння тому, хто посягає, співрозмірної шкоди для попередження або припинення його посягання (відбиття нападу), а кінцевою — захист правоохоронюваних індивідуальних чи колективних інтересів [6, с. 243].

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

При розгляді питання про юридичний склад необхідної оборони окрему увагу потрібно також приділити способам здійснення необхідної оборони, тобто тим засобам і можливостям, які застосовує суб'єкт, при здійсненні ним права на захист в рамках об'єктивної сторони необхідної оборони. КК України у ч. 5 ст. 36 зазначає лише про окремі способи необхідної оборони, такі як «застосування зброї або будь-яких

інших засобів чи предметів», а поняття «способи» у цій статті підмінюється поняттям «дії особи, що захищається». Аналізуючи кримінальне законодавство та судову практику з питань необхідної оборони, ми можемо визначити наступні способи здійснення необхідної оборони:

- шляхом застосування фізичної сили (відштовхування, нанесення ударів, використання прийомів та ін.);
- шляхом застосування зброї (холодної, газової, пневматичної, вогнепальної);
- шляхом застосування механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає.

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

Другим способом здійснення необхідної оборони є застосування зброї. Зброя — це пристрої і засоби, які застосовуються у збройній боротьбі для нападу або захисту з метою ураження або знищення супротивника. У більшості випадків необхідна оборона здійснюється шляхом застосування холодної зброї (ножа, сокири, лопати) або із застосуванням газової чи пневматичної зброї (газових балончиків, газових та пневматичних пістолетів). В той же час в Україні використання травматичної і вогнепальної зброї для цивільного населення заборонено. Однак, проблема легалізації зброї почала привертати до себе значну увагу суспільства в останні роки. Актуальною вона є і для необхідної оборони. Її дослідженням в кримінально-правовому і адміністративному аспекті займалися такі вчені, як В. Авер'янов, М. Анісімов, О. Бандурка,

Д. Бахраха, І. Каганець, В. Мойсик, К. Філімонов та інші. Предметом дослідження цих вчених було обґрунтування доцільності та необхідності введення або не введення в Україні права громадян на придбання зброї на прикладі зарубіжних країн та розробка основних положень законодавчого регулювання цього питання. Ця проблема не обійшла увагу й автора, оскільки легалізація зброї, на думку автора, є важливою гарантією реалізації громадянами свого права на необхідну оборону, яке можливо здійснювати із використанням зброї, про що прямо зазначається у ч. 5 ст. 36 КК України.

Якщо звернутися до історичного аспекту, то можна зазначити, що проблема легалізації зброї в Україні піднімалася у суспільстві ще за часів СРСР. Однак в СРСР, як і в будь-якій тоталітарній державі, вважалося, що обов'язок захисту громадян від злочинності покладається лише на державу, зокрема, на її правоохоронні органи. Тому надання цивільному населенню права на володіння зброєю вважалося непотрібним. Також потрібно було враховувати те, що значна кількість населення не була задоволена діями існуючої влади, і тому вільний обіг зброї міг штовхнути громадян на протидію державним органам [131, с. 33].

В сучасному українському суспільстві стосовно легалізації зброї склалися дві протилежні теорії. Прихильники першої теорії вважають, що легалізація зброї в Україні необхідна, і обґрунтовують це наступним: 1) в країнах, де було введено зброю, рівень злочинності набагато впав і вбивств стало менше (наприклад, у 1987 році у штаті Флорида (США) громадянам було дозволено купувати зброю. З тих пір злочинність у штаті впала на 21 %, в той час як у цілому по країні виросла на 12 %. В Канаді, де була дозволена зброя, після введення жорстких обмежень на її придбання злочинність стрибнула на 45 %. В Європі найспокійнішими країнами вважаються Швейцарія та Фінляндія, де громадяни мають право легально носити зброю. В озброєній Швейцарії вбивств із використанням

вогнепальної зброї майже вдвічі менше, ніж у сусідньому беззбройному Люксембурзі); 2) майже всі злочини вчинюються нелегальною зброєю (легальна зброя згідно із світовою статистикою бере участь менше ніж в 1 % правопорушень, вчинених зі зброєю, оскільки дані про неї зберігаються в комп'ютеризованій кулегільзотеці МВС, за допомогою якої через кілька годин можна встановити злочинця); 3) масове носіння зброї запобігає масовим розстрілам і попереджує вчинення злочинів (опитування ув'язнених, здійснене Міністерством юстиції США у в'язницях, показало, що в 40 % злочинців у житті були випадки, коли вони відмовлялися від раніше запланованих злочинів через побоювання, що жертва може бути озброєна); 4) на сьогоднішній час багато бізнесменів в Україні обходять дозвільну систему, купуючи посвідчення журналістів чи членів громадського формування з охорони громадського порядку [43, с. 1; 137, с. 13].

Прихильники другої теорії вважають, що легалізація зброї непотрібна, і обґрунтовують це наступним: 1) масова видача зброї призведе до отримання її ризикованими верстами населення (наркоманами, алкоголіками, раніше судимими), які використовуватимуть її для вчинення злочину; 2) неправильне поводження зі зброєю може привести до значного травматизму її власників; 3) велика корумпованість державних органів призведе до неможливості контролювати у державі законний обіг зброї [142, с. 8].

Ми підтримуємо першу теорію із належними обмеженнями та вважаємо, що необхідно легалізувати виключно один вид зброї — цивільну травматичну зброю, яка буде додатковою гарантією забезпечення реалізації громадянами права на необхідну оборону. До такої зброї необхідно віднести короткоствольні гумові пістолети травматичної (несмертельної) дії. Вони повинні розглядатися лише як засоби самозахисту громадян від суспільно небезпечного посягання і мати дальність стрільби гумовими кулями не більше 3-4 метрів. Порядок при-

дбання і володіння такою зброєю повинен бути на зразок порядку отримання і володіння водійськими правами [98, с. 145–146]. Загалом про відсутність належного законодавчого закріплення обігу зброї в Україні вказують багато вчених. Вони зазначають, що на сьогоднішній день в Україні суспільні відносини, пов'язані з обігом зброї, регулюють майже 90 нормативно-правових актів (накази, постанови, укази, навіть закони), однак відсутній головний документ — Закон «Про зброю», який є наявним практично у всіх пострадянських країнах [131, с. 33].

Позиція про право громадян на використання зброї під час захисту від суспільно небезпечного посягання підтверджується і в кримінальному праві України. Відповідно до ст. 36 КК України необхідною обороною визнаються будь-які дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається від суспільно небезпечного посягання, а відповідно до ч. 5 ст. 36 КК не є перевищенням необхідної оборони і не тягне кримінальну відповідальність застосування зброї чи інших засобів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає [54, с. 19]. Тобто КК України дозволяє особі здійснювати необхідну оборону як власними фізичними силами, так і з використанням зброї, роблячи застереження лише відносно спричиненої при цьому шкоди, яка повинна бути необхідною і достатньою для відвернення чи припинення посягання, а в ч. 5 ст. 36 прямо вказує на критичні випадки захисту, при яких можливо застосування зброї громадянами. Однак теперішнім законодавством право на носіння короткоствольної гумової зброї для «звичайних» громадян не передбачено. Тому, на нашу думку, легалізація описаної нами виключно цивільної травматичної зброї може стати однією з важливих гарантій забезпечення реалізації громадянами права на необхідну оборону в наведених вище випадках [98, с. 147].

Для підтвердження обґрунтованості наших міркувань наведемо приклади вдалого захисту громадянами від суспільно небезпечного посягання, які відбулися завдяки наявності у них зареєстрованої вогнепальної (травматичної) зброї. Так, М., збираючись виїхати до себе на дачу за місто, поклав у багажник своєї машини мисливську гвинтівку з магазином, в якому знаходились два дробових патрони. На дачі він зберігав гвинтівку у спеціальній шафі. В той день, коли М., повертаючись додому з дачі, їхав по безлюдній дорозі, його став переслідувати незнайомий йому автомобіль, в якому знаходилося троє осіб. Переслідувачі декілька раз намагалися притиснути автомобіль М. до узбіччя, а коли це їм не вдалося, вони перекрили йому дорогу біля в'їзду на вузький міст. Із машини переслідувачів вискочило двоє осіб, які побігли до М., що сидів у своїй машині. М., включивши задню передачу, від'їхав назад на 50 метрів і, збільшивши дистанцію між своєю машиною і переслідувачами, вискочив із машини, відкрив багажник і, дістави звідти мисливську рушницю, вистрілив з неї над головами переслідувачів. Ті швидко побігли до свого автомобіля та зникли з місця пригоди. Таким чином, М., завдяки наявності зброї і здійснення попереджувального пострілу, захистив себе від суспільно небезпечного посягання [192, с. 12].

Розглянемо інший випадок: В., Г. і Ж. у масках увірвались у дім директора колгоспу С., зв'язали його та його жінку у ванній та викрали гроші і дорогоцінності. С., зумівши звільнитися, зняв із шафи заряджену гвинтівку і через вікно відкрив вогонь по грабіжникам, які втікали з місця скоєння злочину. В результаті В. був поранений, а Г. і Ж. втекли, навіть не скориставшись своїм мотоциклом. Через деякий час Г. і Ж. були затримані співробітниками міліції. Дії С. з використанням зброї були визнані правомірними [192, с. 12–13]. В даному випадку наявність зброї у С., якою він скористався, не дало можливості В., Г. і Ж. довести скоєний ними злочин до кінця і допомогло швидко викрити злочинців.

Третім можливим у теорії способом здійснення необхідної оборони є застосування для захисту від суспільно небезпечного посягання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає. На сьогоднішній день існування такого способу здійснення необхідної оборони практикою не визнається, однак це питання викликає значні дискусії у науці кримінального права. Вперше його було висвітлено у правовій літературі німецьким вченим Беккером. В сучасній науці українського кримінального права питання про застосування механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає, розкривається у працях В. Володарського, В. Діденка, В. Осадчого та інших вчених. Загалом, на сьогоднішній день щодо такого застосування у науці визначилися два підходи.

За першим підходом, який склався на основі аналізу судової практики, вказані дії не вважаються необхідною обороною, а кваліфікуються залежно від наслідків, що настали як умисне вбивство або заподіяння шкоди через необережність. Наведемо в якості ілюстрації цього приклад з практики: П. був визнаний винним у тому, що для охорони квітника встановив огорожу зі сталевого дроту, до якого підключив електрику. Внаслідок дії цього пристрою було смертельно травмовано його сусіда М. При розгляді цієї справи у порядку нагляду Пленумом Верховного Суду було вказано, що винність П. в умисному вбивстві М. матеріалами справи повністю доведена та підтверджена і в діях П. немає складу необхідної оборони [145, с. 124]. Згадані вище автоматичні (технічні) пристрої, на думку прибічників такого підходу, встановлюються у момент, коли посягання ще не є наявним. Враховуючи те, що встановлення пристрою та наслідки його дії можуть бути значно рознесені у часі, судова практика йде по шляху розгляду діяння (встановлення пристрою) на момент його вчинення. Оскільки у цей момент посягання фактично відсутнє, то дії особи не вважаються вчиненими у стані необхідної оборони.

За другим підходом вважається, що дії по встановленню і застосуванню для захисту від суспільно небезпечного посягання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає, є необхідною обороною. При цьому дії по встановленню вищевказаних пристроїв є своєрідним «готуванням до необхідної оборони». Як зазначають прихильники цього підходу, необхідна оборона можлива і до початку посягання, оскільки відповідно до абз. 2 п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» «...стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподіяння шкоди». Крім того, дії по захисту особи від суспільно небезпечного посягання за КК України оцінюються безпосередньо на момент спричинення шкоди тому, хто посягає, тобто саме при спрацюванні автоматичного пристрою, під час якого необхідна оборона буде такою, що відбулася [16, с. 120].

Для більш детального аналізу цього питання розглянемо досвід правового регулювання застосування технічних пристроїв в кримінальному праві таких зарубіжних країн, як США і Японія, де існує законодавче закріплення вказаного способу необхідної оборони. Примірний КК США хоча і допускає застосування технічних пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає, однак суттєво обмежує їх застосування, зокрема, стосовно тих пристроїв, що є небезпечними для життя того, хто посягає. Загалом особа не може застосовувати технічні пристрої, що є небезпечними для життя того, хто посягає, при захисті майна, при звичайному порушенні права володіння чи крадіжці. Застосування такого роду засобів може бути виправданим лише коли порушник намагається проникнути до житла з метою скоєння felony (тяжкого злочину) або застосовує проти осіб, що проживають в житлі, грубе насильство. В той же час допускається для захисту майна застосування технічних засобів, які не є небезпечними для

життя особи, яка посягає (наприклад, загострені шипи, колюча проволока, бите скло на стіні) [79, с. 67]. КК штату Пенсільванія в параграфі 507 «Використання сили з метою захисту майна» дозволяє використовувати технічні засоби для захисту майна. Проте використання цих засобів визнається правомірним лише при дотриманні визначених цим параграфом умов. У пункті «е» параграфу 507 КК Пенсільванії зазначається, що виправдання, яке передбачене цим параграфом, поширюється на використання технічних засобів з метою захисту майна, якщо: 1) технічний засіб не повинен бути передбачений для заподіяння смерті або тяжкого тілесного ушкодження; 2) використання окремих технічних засобів для захисту майна від проникнення розумне за обставин, які, як вважає виконавець, існують; 3) технічний засіб є таким, який звичайно використовується для цієї мети, або вжиті запобіжні заходи [22, с. 122; 161, с. 155]. В кримінальному праві Японії судовою практикою та тлумаченням права також допускається правомірна оборона за допомогою технічних засобів та пристроїв, що не порушує таку ознаку оборони, як «безпосередність загрози». Японські вчені зазначають, що оборонне діяння, яке вчинене заздалегідь в передбаченні майбутнього посягання, можливо назвати таким, яке направлено проти безпосередньої загрози заподіяння шкоди, тобто правомірною обороною. Наприклад, такими діяннями є встановлення колючої проволоки чи битого скла на стіні в якості засобу проти проникнення крадіїв. Судові прецеденти також свідчать про те, що «не слід стверджувати про втрату загрозою якості безпосередності лише тому, що шкода передбачалася заздалегідь» (рішення Верховного Суду Японії від 16 листопада 1971 року). Однак при цьому японські вчені наполягають на тому, що в подібних випадках застосування технічних засобів та пристроїв потрібно особливо ретельно досліджувати необхідність та співрозмірність такого оборонного діяння [162, с. 474].

Проаналізувавши наведені нами вище підходи до характеристики застосування механічних засобів та пристроїв, а також певний зарубіжний досвід з цього питання, ми можемо зробити наступні висновки:

1) використання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає, здійснюється в основному лише для захисту права власності;

2) використання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає, може бути способом здійснення необхідної оборони, який повинен використовуватися із певними обмеженнями. Так, правовою підставою для їх застосування є наявність реальної загрози здійснення суспільно небезпечного посягання. Тобто якщо особа знала про реальну загрозу здійснення щодо неї суспільно небезпечного посягання і, з метою захисту від нього, встановила і активувала цей пристрій, то її дії повинні розглядатися з точки зору необхідної оборони. При цьому встановлення такого автоматичного пристрою є «підготовкою до необхідної оборони» і не виключає її правомірності, так само як і, наприклад, носіння особою травматичної зброї або ножа не виключає правомірності здійснення нею необхідної оборони із застосуванням зброї;

3) повинна існувати градація технічних пристроїв та засобів, в залежності від тяжкості заподіяної ними шкоди на: а) ті, що є небезпечними для життя особи, яка посягає (тобто такі, що можуть спричинити тяжкі тілесні ушкодження або смерть особи). Застосування і використання таких пристроїв та засобів при захисті власності неприпустимо; б) ті, що не є небезпечними для життя і здоров'я особи, яка посягає (можуть спричинити легкі або середньої тяжкості тілесні ушкодження);

4) при встановленні технічних пристроїв та засобів особа повинна реально оцінювати ступінь суспільної небезпеки посягання (який напряму залежить від його об'єкта — город, автомобіль, житло, подвір'я, квітник), тобто визначити, чи має

посягання, проти якого буде спрацьовувати відповідний технічний пристрій, належний рівень суспільної небезпеки і чи буде заподіяно цим пристроєм шкоду саме тій особі, яка здійснює посягання. Залежно від цього і повинна визначатися наявність або відсутність в діях того, хто захищається, складу необхідної оборони.

Наприклад, власник, залишивши автомобіль на тривалий час, підключив до керма свого автомобіля капкан. В тому випадку, коли викрадач, намагаючись викрасти автомобіль, відкриє сигналізацію і доторкнеться до керма, від якого спрацює капкан, дії власника будуть необхідною обороною. Правомірність необхідної оборони обумовлена тим, що, по-перше, викрадач здійснює суспільно небезпечне посягання у вигляді незаконного заволодіння транспортним засобом і спричиняє значну матеріальну шкоду його власнику, та по-друге, проникнути до салону автомобіля, зламавши охоронну сигналізацію, може лише викрадач, оскільки доступ стороннім особам туди обмежений;

5) застосування технічних пристроїв та засобів, що є небезпечними для життя і здоров'я особи, яка посягає, повинно бути суворо обмежено і використовуватися у виняткових випадках для захисту найбільш цінних об'єктів (життя і здоров'я). Всі ці питання, на нашу думку, можуть бути вирішені виключно на рівні узагальнень судової практики.

З урахуванням викладених нами висновків, вважаємо за можливе визначити із відповідними обмеженнями такий спосіб необхідної оборони, як використання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає. На нашу думку, викласти його доцільно в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону», а саме — пункт 2 цієї постанови доповнити абзацом 5 наступного змісту:

«Необхідна оборона можлива і з використання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують або призводять до ураження особи, що посягає. Їх встановлення повинно здійснюватися із врахуванням відповідності об'єкта захисту суспільній небезпеці посягання та виключати можливість заподіяння шкоди сторонній особі. Такі механічні засоби та пристрої не повинні бути небезпечними для життя того, хто посягає, і мають виключати заподіяння йому смерті або тяжких тілесних ушкоджень, крім посягань, пов'язаних із безпосередньою та явною загрозою життю особи, що встановила чи активувала пристрій (засіб)».

Узагальнюючи викладене у цьому підрозділі, можна зробити висновок, що інститут необхідної оборони є вкрай важливим для забезпечення реалізації громадянами свого права на захист від суспільно небезпечних посягань у сучасному демократичному суспільстві, формування якого відбувається в Україні. В загальному вигляді можна помітити деяку недосконаліть окремих теоретичних і практичних положень необхідної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння, і можливість їх покращення, в тому числі і за рахунок викладених нами положень та пропозицій. Саме у забезпеченні належного правового регулювання права особи на необхідну оборону ми вбачаємо найважливішу гарантію держави щодо можливості самостійного захисту особою своїх невід'ємних прав і свобод від злочинних посягань.

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

Уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння, закріплена у ст. 37 КК України. Частина 1 ст. 37 КК України визначає уявну оборону як дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії

потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання [54, с. 19].

Уявна оборона існує у Кримінальному кодексі України не так давно. До прийняття чинного КК України 2001 року законодавець не вважав за потрібне виділяти її в окрему норму, вважаючи, що таке виділення не є необхідним. Вказівка про уявну оборону містилася лише в Постанові Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28.06.1991 р. «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань», в п. 9 якої зазначалося, що «судам необхідно відрізняти необхідну оборону від мнимої (уявної) оборони, коли особа, помиляючись щодо реальності посягання і вважаючи, що вона захищає правоохоронювані інтереси, заподіює шкоду іншій особі» [122].

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

Юридична помилка — це хибне уявлення особи щодо: злочинності вчиненого нею діяння, кваліфікації вчиненого злочину, меж караності злочину. Фактична помилка — це невірне уявлення особи про фактичні об'єктивні ознаки вчинюваного нею діяння. На відміну від юридичної, вона охоплює не весь склад злочину, а лише його окремі елементи: об'єкт, об'єктивну сторону, причинний зв'язок і особу потерпілого.

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

Так, у кримінальному праві Англії відповідно до судової практики та прецедентів існує теорія про «фактичну помилку», коли воля не спрямована на скоєне, що виступає підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності (переслідування). Однак юридична помилка не може бути підставою для виправдання особи у вчиненні злочину [112, с. 78].

Існують норми про юридичну та фактичну помилку і в кримінальному законодавстві США. Примірний Кримінальний кодекс США 1962 р. до однієї з обставин захисту від звинувачення відносить «незнання чи помилку» (ст. 2.04), а Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк в якості такої обставини називає «вплив незнання або помилки на відповідальність» (ст. 15 «Винуватість», параграф 15.20). Кримінальний кодекс Австралії містить розділ 9 «Обставини, пов'язані із наявністю помилки або незнання», до якого входять два види фактичної помилки (підрозділи 9.1, 9.2) та два види юридичної помилки (підрозділ 9.3 — помилка чи незнання статутного права, підрозділ 9.4 — помилка чи незнання підзаконних актів) [112, с. 79].

В Кримінальному кодексі ФРН містяться норми про «помилку у забороні» (параграф 17). Це випадок, коли у особи відсутнє розуміння того, що вона діє протиправно, і вона вважається діючою невинно, якщо не могла уникнути цієї помилки. Якщо особа могла уникнути такої помилки, то покарання для неї може бути пом'якшено [112, с. 80].

У статті 122-3 Кримінального кодексу Франції говориться про юридичну помилку («помилку у праві»), яка є підставою для ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення. Для звільнення від кримінальної відповідальності особі потрібно надати докази того, що у зв'язку із помилкою відносно права, якої особа не могла уникнути, вона вважала, що мала законну підставу на здійснення певної дії [112, с. 81].

Положення про «непереборну помилку» містяться і в Кримінальному кодексі Іспанії (стаття 14 глави 1 розділу I Книги I). Відповідно до цієї статті, кримінальна відповідальність виключається у випадку непереборної помилки відносно дій чи відносно протиправності діяння, яке складає кримінальне правопорушення. Кримінальний кодекс Швеції також містить норми про «юридичну помилку» (ст. 9 гл. 24), яка є однією із «загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності» [68, с. 604]. Таким чином, ми бачимо, що у загальному контексті теорія про юридичну та фактичну помилку як підставу для звільнення від кримінальної відповідальності набула досить широкого розвитку і законодавчого закріплення у кримінальному праві зарубіжних країн.

Розглядаючи необхідну оборону як обставину, що виключає злочинність діяння, в науці вітчизняного кримінального права, Ю. В. Баулін зазначав, що особа, яка обороняється, може допускати фактичні помилки при захисті від суспільно небезпечного посягання, і виділяв наступні види помилок:

1) в наявності суспільно небезпечного посягання;

2) у необхідності негайного нанесення шкоди тому, хто посягає;

3) відносно своєчасності оборони;

4) відносно особи того, хто посягає;

5) відносно оцінки характеру та небезпечності посягання;

6) відносно оцінки обстановки захисту [6, с. 256–257].

Така класифікація помилок здійснюється в залежності від виділення певного елемента посягання чи захисту, який

викликав у особи помилкове припущення щодо наявності відносно неї суспільно небезпечного посягання. Як зазначав Ю. В. Баулін, кримінально-правове значення названих помилок залежить від того, чи є вони «вибачливими» або «не вибачливими». Вибачливою визнається така помилка особи, що захищається, при якій вона сумлінно помилялася відносно певних елементів посягання чи захисту і в силу різних об'єктивних чи суб'єктивних причин не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення. Не вибачливою визнається така помилка, при якій особа, що захищається, хоча і не усвідомлювала помилковості свого припущення про об'єктивні ознаки і умови оборони, але за обставинами справи повинна була і могла це усвідомлювати, якщо би проявила більше обачності, уважності, дбайливості про інтереси інших осіб. Вказані вище помилки впливають на кваліфікацію завданої шкоди особою, що обороняється, а саме: при вибачливій помилці відповідальність виключається або можлива за перевищення меж необхідної оборони, а при невибачливій помилці відповідальність настає за злочин, вчинений по необережності [6, с. 257].

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

В науці кримінального права існують різні точки зору відносно правової природи уявної оборони. Одні вчені (М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, П. Л. Фріс) вважають, що уявна оборона є

помилкою при необхідній обороні і проявляється у помилці суб'єкта відносно наявності правової чи фактичної підстави для нанесення шкоди особі, що посягає. Тобто особа, реалізуючи своє право на необхідну оборону, за певних обставин може помилятися відносно наявності щодо неї суспільно небезпечного посягання, якого насправді немає. В тих випадках, коли особа сумлінно помиляється відносно наявності щодо неї суспільно небезпечного посягання, її помилка визнається «вибачливою» і вона звільняється від кримінальної відповідальності. [6, с. 201; 178, с. 255]. Така позиція склалася у сучасному кримінальному законодавстві РФ, де уявна оборона не виділяється в якості обставини, що виключає злочинність діяння [165].

Інші вчені (П. С. Матишевський, Н. Н. Паше-Озерський, В. І. Ткаченко, Т. Г. Шавгулідзе) вважають, що уявна оборона є самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння, яка існує поряд із необхідною обороною [151, с. 36; 186, с. 44]. Відповідно, при уявній обороні особа звільняється від кримінальної відповідальності за наявності двох ознак, передбачених у ч. 2 ст. 37 КК України, а саме, коли: 1) обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання; 2) особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення. Цю позицію підтримуємо і ми та вважаємо, що уявна оборона відрізняється від необхідної за основною ознакою — дійсність (реальність) суспільно небезпечного посягання. Будь-який різновид помилок при необхідній обороні, в т. ч. і передчасна та запізніла оборона, характеризується дійсністю суспільно небезпечного посягання, тобто наявністю його в реальності, і помилки особи, що захищається, відносно посягання проявляються в неправильній оцінці його початку, закінчення або ступеня суспільної небезпеки. Уявна оборона характеризується відокремленою групою помилок особи в самому існуванні суспільно небезпечного посягання щодо неї з боку потерпілого,

тобто таке посягання є вигаданим, уявним. Тому вона повинна розглядатися як самостійна обставина, що виключає злочинність діяння.

У зв'язку з викладеним, потрібно більш детально розглянути існуюче у ст. 37 КК України визначення поняття «уявна оборона». Кодекс характеризує його наступним чином: «дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання». Вказане визначення містить певний недолік, а саме, якщо дослівно його читати, не враховує ситуації «дій, пов'язаних із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реальне суспільно небезпечне посягання було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність з його боку такого посягання, яке насправді було здійснено з боку іншої особи». Ця ситуація є досить характерною для групових бійок і нападів, коли шкода спричинюється сторонній або не причетній до нападу (бійки) особі.

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

1) уявна оборона характеризується в кодексі як «дії, пов'язані із заподіянням шкоди...». З погляду правил юридичної техніки більш доречно казати про «дії, спрямовані на заподіяння шкоди», оскільки з об'єктивної сторони уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння, характеризується причинно-наслідковим зв'язком між захисними діями особи та заподіяною в результаті них шкодою, при якому заподіяння шкоди виступає як наслідок таких дій. Формулювання в кодексі «дії, пов'язані із заподіянням шкоди...» говорить про взаємозв'язок таких дій і заподіяння шкоди, однак при цьому заподіяння шкоди може і не виступати прямим наслідком дій особи, що здійснює уявну оборону, а виникати від сторонніх факторів;

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

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

На нашу думку, в загальному плані інститут уявної оборони буде розвиватися у напрямку подальшого розширення, оскільки стан уявної загрози може виникати у особи не тільки при захисті від суспільно небезпечного посягання (необхідній обороні), а і при усуненні небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам іншої людини (крайній необхідності), або при затриманні громадянином злочинця (затриманні особи, яка вчинила злочин), або при припиненні чи попередженні співробітниками правоохоронних органів вчинення особою кримінального правопорушення (здійсненні службових владних повноважень). Тобто можливо казати про те, що норма про уявну оборону повинна застосову-

ватись не тільки стосовно уявної загрози при необхідній обороні, а і стосовно уявної загрози при інших обставинах, що виключають злочинність діяння. В такому випадку можна говорити про уявну оборону як про загальну «уявну помилку в обставині, що виключає злочинність діяння» [105, с. 93].

Виділяючи уявну оборону як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння, ми можемо проаналізувати та визначити її юридичний склад за загальною моделлю юридичного складу інших правомірних (суспільно корисних) вчинків, що виключають злочинність діяння. Аналіз уявної оборони ми будемо здійснювати шляхом дослідження наступних елементів її юридичного складу: 1) правової та фактичної підстави; 2) суб'єкта; 3) об'єкта; 4) об'єктивної сторони; 5) суб'єктивної сторони (суб'єктивного контролю).

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

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

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

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

життя), в результаті чого вони обґрунтовано сприймалися особою, що захищається, як суспільно небезпечне посягання.

Фактичною підставою уявної оборони є необхідність у негайному спричиненні шкоди потерпілому для попередження чи припинення уявного суспільно небезпечного посягання з його боку або уявної загрози його здійснення. Уявне суспільно небезпечне посягання можна визначити як активні дії потерпілого, які є зовні схожими на суспільно небезпечне посягання і обґрунтовано сприйняті таким особою в негативній оточуючій обстановці.

Об'єктом уявної оборони виступає потерпілий, а саме: його життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, право власності, відносно яких суб'єкт вчиняє дії, направлені на заподіяння шкоди з метою попередження або припинення уявного суспільно небезпечного посягання. Шкода при уявній обороні повинна заподіюватися лише тій особі, з боку якої виникає уявне суспільно небезпечне посягання. Заподіяння шкоди при уявній обороні іншим особам, які не мають належності до уявного суспільно небезпечного посягання, передбачає відповідні умисні або необережні склади злочинів.

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

Першим елементом об'єктивної сторони уявної оборони є дії особи, що захищається від уявного суспільно небезпечного посягання, які передбачають її активну поведінку. Такими

діями, як і при необхідній обороні, можуть бути застосування фізичної сили, застосування зброї та інших спеціальних засобів. Другим елементом об'єктивної сторони уявної оборони є заподіяння потерпілому шкоди в певних межах. Такою шкодою може бути позбавлення потерпілого життя, нанесення різної тяжкості тілесних ушкоджень, обмеження його свободи, знищення або пошкодження його майна. У випадку перевищення допустимих кримінальним законом меж завдання шкоди при уявній обороні відповідальність настає як за перевищення меж необхідної оборони. Третій елемент об'єктивної сторони уявної оборони полягає у наявності причинного зв'язку між діями особи, що захищається від уявного суспільно небезпечного посягання, та заподіянням потерпілому шкоди. Це означає, що заподіяння потерпілому шкоди повинно бути здійснене в результаті зусиль самої особи, що захищається або захищає іншу особу від уявного суспільно небезпечного посягання.

Суб'єктом уявної оборони може бути фізична особа, яка вважає, що відносно неї здійснюється суспільно небезпечне посягання, а також будь-які сторонні особи, які обґрунтовано сприймають дії потерпілого відносно іншої особи як реальне суспільно небезпечне посягання.

Головна відмінність уявної оборони від злочинів та інших обставин, що виключають злочинність діяння, полягає у її суб'єктивній стороні (суб'єктивному контролі). Так, уявна оборона, як і будь-яка інша обставина, що виключає злочинність діяння, відрізняється від злочину за ознакою відсутності вини особи, яка завдає шкоди іншій особі, помиляючись відносно реальності суспільно небезпечного посягання і вважаючи, що вона захищає охоронювані законом права і інтереси. Тобто, як зазначав Ю. В. Баулін, суб'єктивна сторона будь-якої обставини, що виключає злочинність діяння, характеризується суб'єктивним контролем особи за своїм правомірним суспільно корисним вчинком з інтелектуального та вольового

моментів і не може представляти собою вину, складовою частиною якої обов'язково виступає умисел. Це відбувається тому, що всі правомірні суспільно корисні вчинки здійснюються на підставі свідомої оцінки особою навколишнього середовища і прийняття нею, на підставі такої оцінки, свідомого вольового рішення [6, с. 194–195].

За суб'єктивною стороною уявна оборона відрізняється також від фактичних помилок, здійснених при вчиненні злочину, оскільки вони у кримінальному праві мають одну суттєву ознаку — вони завжди мають місце при умисному скоєнні злочину. Сутність цих помилок полягає у тому, що шкода заподіюється не так, не тій особі, не в той час, як того бажав винний. Але попри різноманітність видів фактичних помилок, незмінною є наявність умислу у діях особи, що їх припустилася, який при уявній обороні відсутній.

Уявна оборона відрізняється і від інших обставин, що виключають злочинність діяння, зокрема, від необхідної оборони, за деякими елементами інтелектуального моменту суб'єктивного контролю. Так, інтелектуальний момент суб'єктивного контролю при необхідній обороні полягає в усвідомленні особою того, що: 1) проти неї або іншої особи відбувається суспільно небезпечне посягання; 2) воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності її або іншої особи чи суспільним інтересам; 3) для його попередження або припинення потрібне негайне вчинення дій, направлених на заподіяння шкоди особі, що посягає; 4) в даній обстановці для попередження або припинення посягання необхідно вчинити саме ті дії, які відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту; 5) у випадку закінчення посягання необхідність у здійсненні необхідної оборони відпадає, але виникає право на затримання злочинця. При уявній обороні виникає помилка особи у перших двох елементах інтелектуального моменту суб'єктивного контролю, яка полягає в помилковому усвідомленні особою: 1) що проти неї або іншої особи відбувається

суспільно небезпечне посягання; 2) що воно загрожує життю і здоров'ю, правам і свободам, власності її або іншої особи чи суспільним інтересам. Інші елементи інтелектуального моменту суб'єктивного контролю при уявній обороні залишаються без змін і повторюють відповідні елементи необхідної оборони.

Також без змін залишається і вольовий момент суб'єктивного контролю при уявній обороні, який, як і при необхідній обороні, характеризує бажання особи, що захищається, вчинити дії, направлені на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, які є необхідним засобом для попередження або припинення суспільно небезпечного посягання. Тобто помилка з суб'єктивної сторони виникає лише щодо реальності суспільно небезпечного посягання (деякі елементи інтелектуального моменту суб'єктивного контролю), а сам захист від нього і заподіяна при захисті шкода (вольовий момент суб'єктивного контролю) здійснюється свідомо (усвідомлено).

Мотив і мета уявної оборони, як і будь-якої іншої обставини, що виключає злочинність діяння, повинні переслідувати соціально корисні цілі. Мета уявної оборони полягає у захисті особою свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів у захисті інших осіб від уявного суспільно небезпечного посягання. Мотивами уявної оборони можуть бути: прагнення уникнути небезпеки, природний інстинкт самозбереження, бажання проявити себе, бажання виконати свої громадянські обов'язки, прагнення захистити своїх рідних або виконати норми моралі при захисті інших осіб тощо.

Як ми вже зазначали при розгляді поняття «уявна оборона», ключовим фактором, який призводить до помилки особи у деяких елементах інтелектуального моменту суб'єктивного контролю, є негативна оточуюча обстановка. Таким чином, можна визначити, що в залежності від того, наскільки негативна оточуюча обстановка давала особі, що захищалася підстави помилятися стосовно інтелектуального моменту суб'єктивного контролю при уявній обороні, і залежить кваліфікація її дій. Якщо оточуюча обстановка:

1) була негативною, тобто давала достатні підстави особі вважати, що мало місце реальне суспільно небезпечне посягання, і вона не усвідомлювала та не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, то має місце правомірна уявна оборона;

2) була негативною, тобто давала особі підстави вважати, що мало місце реальне суспільно небезпечне посягання, і вона не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність такого посягання — особа, що захищається, підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність;

3) не була негативною, тобто не давала особі підстави вважати, що мало місце реальне суспільно небезпечне посягання — особа, що захищається, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

Сама негативна оточуюча обстановка, на нашу думку, може складатися із двох негативних груп факторів: а) природних (у темряві, за несприятливих погодних умов, у воді); б) соціальних (на безлюдній вулиці, у своєму житлі, демонстрація предметів поєднана з погрозами позбавити життя). При оцінці судом обстановки, що склалася, суд повинен враховувати ці дві групи факторів у своїй сукупності та, відповідно, визначити, чи була оточуюча обстановка негативною і давала достатні підстави особі вважати, що мало місце реальне суспільно небезпечне посягання.

Якщо особа, здійснюючи правомірну уявну оборону, перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони. Наведемо приклад перевищення меж захисту та уявної оборони з практики: 13.09.2007 року Г. знаходився у барі «Фараон», який розташований по вул. Головній в с. Рашків Хотинського району Чернівецької області, де вживав алкогольні напої разом з П. та іншими особами. Приблизно о 19 годині вечора між Г. та П. в приміщенні вказаного бару виник

словесний конфлікт на побутовому підґрунті. За межами бару, біля будівлі розташованого поряд магазину, даний конфлікт переріс в спільну бійку. В ході бійки П. дістав зі свого автомобіля предмет типу «шила», яким став погрожувати Г. фізичною розправою. Г., сприйнявши дії П. як небезпечні для свого здоров'я та життя, дістав з метою самозахисту із багажника належного йому автомобіля ручний автомобільний насос та, перевищуючи межі необхідної оборони, утримуючи насос обома руками, з розмахом умисно наніс удар насосом по голові П., від чого останній впав на коліна і фактично не міг продовжувати посягання. Після цього Г., помилково припускаючи можливість продовження посягання на своє життя та здоров'я з боку П., знаходячись в обстановці уявної оборони, умисно, утримуючи насос обома руками, з розмахом повторно наніс цим насосом удар по голові П., від якого останній впав на землю. Своїми діями, вчиненими у стані уявної оборони, однак з перевищенням меж допустимого захисту, Г. спричинив потерпілому П. тяжкі тілесні ушкодження [10]. Вказані обставини були викладені у вироку Хотинського районного суду Чернівецької області від 27 травня 2008 року, за яким Г. був визнаний винним у заподіянні тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони за ст. 124 КК України, і йому було обрано покарання у вигляді двох років обмеження волі, а на підставі ст. 75 КК України звільнено від відбування покарання з іспитовим строком [10].

Про те, що при кваліфікації дій особи в стані уявної оборони ключовим фактором є негативна оточуюча обстановка, зазначається безпосередньо і в Постанові Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону». Відповідно до п. 7 цієї постанови: «при уявній обороні кримінальна відповідальність за заподіяну шкоду виключається лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала й не

могла усвідомлювати помилковість свого припущення. Питання про те, чи дійсно в особи були підстави для помилкового висновку про наявність суспільно небезпечного посягання, вирішується з урахуванням конкретних обставин справи.

Якщо ж особа в обстановці, що склалася, не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковість свого припущення щодо реальності суспільно небезпечного посягання, але перевищила межі захисту, який потрібно було застосувати, її дії мають розцінюватись як перевищення меж необхідної оборони. У такому разі кримінальна відповідальність можлива лише за статтями 118 і 124 КК. Коли ж особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального посягання, її дії кваліфікуються як заподіяння шкоди через необережність» [121, с. 33].

Досліджуючи кримінально-правові норми про уявну оборону, потрібно зупинитися на кваліфікації дій особи, необхідних для притягнення її до кримінальної відповідальності за заподіяння шкоди через необережність, що передбачено в ч. 4 ст. 37 КК України. Це відбувається, коли оточуюча особу обстановка була негативною, тобто давала їй підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання. Розглянемо таку кваліфікацію на прикладі з практики: 08.11.2002 року К. зі своїми знайомими П., Р. і Т. у кафе-магазині, яке розташоване в м. Полтаві, вживав алкогольні напої. Під час перебування в кафе-магазині між ним та групою інших відвідувачів, які також вживали алкогольні напої, виник конфлікт, що переріс у короткочасну обопільну бійку, яку припинив вантажник магазину. Після того як конфлікт закінчився і К. знаходився на вулиці, на нього напала група осіб, з якими відбувалась бійка в магазині, серед цієї групи осіб був і Щ. У ході нападу зазначені особи наносили К. удари руками й ногами по різних частинах тіла. Захищаючись від них, К., перехопивши в одного з нападників

ніж, наніс ним удар Щ. у груди, від якого той помер на місці вчинення нападу. У цей час неподалік від Щ. знаходився Н., який не приймав участі в бійці. К., помилково вважаючи Н. учасником нападу на нього, хоча в обстановці, яка склалася, повинен був усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання з його боку, наніс Н. удар ножем у стегно, внаслідок чого той через деякий час помер на місці вчинення злочину [172].

Як вказала колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, зазначені обставини свідчать про те, що К., наносячи удар ножем Щ., перебував у стані необхідної оборони, що відповідно до ст. 36 КК України виключає кримінальну відповідальність. В той же час, наносячи Н. удар ножем у стегно, К. перебував у стані уявної оборони, хоча в обстановці, яка склалася, повинен був усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання з боку Н., який не брав участь у побитті К. Відповідно до цього К. на підставі ч. 4 ст. 37 КК України було визнано винним у вчинені вбивства по необережності за ст. 119 КК України і призначено покарання у вигляді п'яти років обмеження волі [172].

Перейдемо до розгляду питання про класифікацію уявної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання. В науці кримінального права існують різні класифікації цієї обставини, більшість з яких пов'язана із видами кримінальної відповідальності за недотримання умов уявної оборони, які передбачені у ст. 37 КК України. Так, наприклад, В.П. Діденко пропонує поділити уявну оборону за суб'єктивними ознаками на два види:

1) коли особа не усвідомлювала, що реального посягання немає, і виходячи із загальної обстановки не повинна була і не могла усвідомити помилковість свого припущення. Відповідно до ч. 2 ст. 37 КК України вона у цьому випадку не несе кримінальну відповідальність за заподіяну нею шкоду.

Однак якщо особа, що захищається, при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони;

2) коли особа не усвідомлювала, але повинна була і могла усвідомити помилковість свого припущення про наявність посягання. Відповідно до ч. 4 ст. 37 КК України вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність [25, с. 28–30].

У науці кримінального права РФ існує поділ необхідної оборони при захисті від уявного суспільно небезпечного посягання на дві групи випадків. До першої групи відносяться дії по захисту від уявного посягання, які за своїми правовими наслідками прирівнюються до необхідної оборони або до перевищення її меж. Якщо в силу обстановки, що склалася, особа, яка захищається, мала достатні підстави вважати, що вона піддається реальному суспільно небезпечному посяганню, і тому вирішила захищатися, то при відсутності перевищення допустимих меж захисту вона не підлягає кримінальній відповідальності [118, с. 112].

Так, наприклад, міліціонер С., проходячи вночі повз відділення Ощадбанку, почув що з приміщення доноситься жіночий крик про допомогу. Він підбіг до дверей приміщення, зробивши на бігу попереджувальний постріл вгору. Потім рванув двері на себе (вони виявилися незамкненими) і кілька разів крикнув у темряву: «Стій, стріляти буду!». Відразу ж після цього якийсь чоловік кинувся з темряви в бік С., і останній вистрілив в нього. Згодом виявилося, що С. важко поранив співробітника охорони, що знаходився на посту, який впустив у банк свою знайому, пригощав її вином, а коли вона зібралася піти з банку, спробував перешкодити цьому. Дівчина вчинила опір, покликала на допомогу, її крик і почув С. У діях С., незважаючи на тяжкість наслідків, що настали, склад злочину був

відсутнім. Вся обстановка, що склалася, давала сС достатні підстави вважати, що відбувається тяжкий злочин, а саме — пограбування банку, тому С. правомірно діяв у стані уявної оборони [41, с. 99].

Другу групу випадків складають діяння, які не можуть прирівнюватись за своїми правовими наслідками до необхідної оборони чи перевищення її меж. До цієї групи входять діяння, які пов'язані із припиненням уявного суспільно небезпечного посягання і викликані тою чи іншою поведінкою потерпілого, який створив помилкове уявлення про наявність нападу, якщо для такого припущення в даному конкретному випадку не було достатніх підстав. Особа припускається помилки при оцінці ситуації, що склалася, хоча при належній уважності й обачності могла уникнути цієї помилки і дійти правильного висновку про відсутність реальної небезпеки. Тому особа, що захищається, повинна нести відповідальність за необережний злочин проти життя чи здоров'я, оскільки вона хоча і свідомо завдає смерть (або шкоду здоров'ю) іншій особі, однак діяння не може бути кваліфіковано як умисний злочин проти особистості. Для такої кваліфікації діяння обов'язковим елементом умислу є усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру вчиненої нею дії або бездіяльності, чого в даному випадку немає [118, с. 112–113].

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

йому не загрожує реальна небезпека, оскільки Л. не зробив жодних атакуючих або загрозливих дій, і був засуджений за вбивство по необережності [41, с. 100].

Проаналізувавши викладене, ми пропонуємо свою класифікацію видів уявної оборони, яку можливо виділити при дослідженні теоретичних положень та судової практики у справах про уявну оборону. Таку класифікацію доцільно провести в залежності від фактора, який спричинив помилкове припущення особи щодо реальності суспільно небезпечного посягання. На основі цього критерію ми пропонуємо виділити наступні види уявної оборони [104, с. 228; 105, с. 94–95]:

1) суб'єктивна — пов'язана із помилкою особи щодо суб'єкта, який здійснює суспільно небезпечне посягання — коли за такого сприймається інша особа (потерпілий), яка посягання не вчиняла. Тобто в даному випадку суспільно небезпечне посягання існує, однак особа, обґрунтовано помиляючись, завдає шкоду сторонній особі, з боку якої посягання не відбувалося. Наведемо для характеристики цього виду приклад з практики: 2 квітня 2006 р. біля 23:00 поблизу кафе «Магніт» у м. Рівне відбувся конфлікт та бійка між С. з одного боку та В., М. і Т. — з іншого. Р., який був знайомим С., підійшов до учасників бійки і почав намагатися їх розборонити. Під час спроби розборонити бійку Р. отримав удар в пах. Побачивши, що до місця пригоди наближаються ще троє чоловіків, які щось кричали до нього, Р., сприйнявши їх за друзів В., М. і Т., дістав ніж. Ці троє чоловіків насправді були перехожими, які побачили бійку і вирішили розборонити її учасників. Коли вони наблизились до Р. впритул, він з метою захисту почав розмахувати ножем перед ними і при цьому наніс удар ножем в груди одному з них — О., спричинивши останньому тяжкі тілесні ушкодження у вигляді ножового різаного проникаючого поранення грудної клітки справа. За вироком Рівненського міського суду від 8 травня 2007 р. дії Р. були визнані як такі, що вчинені в обстановці уявної оборони, однак з перевищенням

меж захисту, і Р. був засуджений за ст. 124 КК України (умисне нанесення тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони) на три місяці двадцять діб арешту. Судовою палатою з кримінальних справ апеляційного суду Рівненської області вирок було залишено без зміни [174].

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

Інші різновиди викладеного нами виду уявної оборони виникають, коли з боку потерпілого були здійснені неправомірні дії (дрібне правопорушення), які в негативній оточуючій обстановці сприймаються особою за більш небезпечне посягання. Наприклад, п'яний Ш. вчинив хуліганські дії, побив Є. і вступив в бійку з П., який захищав Є. Через деякий час Ш. розбив вікно у будинку П. і, взявши рушницю, з відстані 30 м став цілитись у П., який стояв у будинку біля вікна. Той, побачивши, що Ш. цілиться в нього із рушниці, зняв зі стіни свою мисливську рушницю, зарядив її і зробив кілька пострілів у Ш., в результаті яких Ш. був тяжко поранений. Рушниця, з якої Ш. цілився у П., була незаряджена, і він пояснив, що хотів

тільки налякати П. В цьому випадку має місце уявна оборона П., оскільки він обґрунтовано сприймав дії Ш. не як хуліганство, а як замах на вбивство [61, с. 298–299].

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

Однак, в той же час судова практика показує, що досить часто уявну оборону намагаються використати як шлях для ухилення винної особи від кримінальної відповідальності за реально скоєний злочин. Так, наприклад, не були визнані уяв-

ною обороною дії Р., який після того, як його знайомі В. і Н. побили його на вулиці, зайшов до їх спільної квартири і, взявши ніж, заподіяв В. і Н. ножові поранення, від яких В. помер, а Н. отримав тяжкі тілесні ушкодження. У касаційній скарзі Р. заявив, що він знаходився у стані уявної оборони, оскільки В. і Н. погрожували його вбити у квартирі. Однак на основі доказів було встановлено, що, навпаки, В. і Н. вимагали, щоб Р. пішов з їх квартири, і не вчиняли при цьому щодо нього ніякого посягання, а нанесення Р. ножових поранень В. і Н. було здійснено з метою помсти за його побиття на вулиці. Колегія суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України виправдано залишила касаційну скаргу Р. без задоволення і вирок без зміни [171]. Тобто в даному випадку, прикриваючись станом уявної оборони, Р. намагався уникнути притягнення до кримінальної відповідальності за скоєні ним особливо тяжкі злочини.

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

Узагальнюючи вищезазначене, ми можемо зробити висновок, що уявна оборона є досить складним самостійним інститутом, який відрізняється від необхідної оборони. Специфіка уявної оборони полягає в тому, що, з одного боку, вона досить часто може бути присутня в певних екстремальних ситуаціях у житті людини, а з іншого — є «шпаринкою» для ухилення винної особи від кримінальної відповідальності при вчиненні злочину. Правильне розуміння цього інституту як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння, та здійснений нами теоретичний аналіз юридичного складу цього пра-

вомірного вчинку і виділення певних видів уявної оборони, на нашу думку, повинно допомогти покращити її правозуміння та правозастосування.

2.3. Умови правомірності та перевищення меж необхідної оборони

Закріплене Конституцією та Кримінальним кодексом України право кожного на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання може бути правомірним лише при дотриманні встановлених для цього права умов та меж. Для визначення необхідної оборони правомірною потрібна наявність певних умов — закріплених у кримінальному законодавстві положень, які характеризують її основні властивості. Кримінальний закон у повному обсязі не дає визначення цих умов. Деякі з них знайшли своє законодавче закріплення у ст. 36 КК України, інші випливають із загальних постулатів кримінального права і конкретизуються теорією та практикою його застосування. В науці кримінального права існують два підходи стосовно класифікації умов правомірності необхідної оборони.

За першим підходом, який традиційно склався у науці кримінального права, умови правомірності необхідної оборони поділяються на дві групи: 1) умови, що відносяться до нападу — умови, які встановлюють наявність обставин, що дають можливість діяти за правилами необхідної оборони; 2) умови, що відносяться до захисту — умови, які встановлюють правомірність дій особи, що здійснює необхідну оборону [178, с. 252].

Однак серед вчених-юристів немає єдиної думки з приводу кількості і якості зазначених умов. Так, одні автори до умов, що характеризують посягання, відносять: а) суспільну небезпеку посягання; б) наявність посягання; в) дійсність посягання. Як умови, що характеризують захист, виокремлюють наступні: а) захисту підлягають права та інтереси того, хто обороняється, права та інтереси інших осіб, інтереси сус-

пільства і держави; б) захист може здійснюватися шляхом спричинення шкоди лише тій особі, яка здійснює напад, а не третій особі; в) захист не може перевищувати меж необхідної оборони [178, с. 253–255]. Інші вважають, що цю класифікацію необхідно доповнити ще однією умовою — своєчасність захисту [114, с. 47].

За другим підходом, який був панівним у дореволюційній доктрині кримінального права, умови правомірності необхідної оборони також поділяються на дві групи: 1) умови виникнення і припинення права на необхідну оборону; 2) умови, що характеризують межі необхідної оборони. Із цих положень випливало, що при оцінці правомірності необхідної оборони потрібно визначити: по-перше, ознаки, що визначають підстави для застосування необхідної оборони, і по-друге, межі можливої поведінки особи, що здійснює оборону [46, с. 17; 50, с. 20]. Відповідно до цього, умовами правомірності необхідної оборони, що визначають її виникнення і припинення, або, іншими словами, підставами необхідної оборони є: а) суспільна небезпечність посягання; б) реальність посягання; в) заподіяння шкоди тільки тому, хто посягає. До умов правомірності необхідної оборони, що визначають межі захисту, відносяться такі: а) захист має здійснюватися вчасно; б) захист не повинен перевищувати меж необхідної оборони [23, с. 75; 21, с. 11].

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

Крім того, ми поділяємо думку Н. Н. Паше-Озерського, відповідно до якої доцільно відмовитися від такої ознаки, як наявність посягання, а більш правильним буде застосувати замість неї таку ознаку, як своєчасність захисту [114, с. 47]. Ми вважаємо, що ознака «своєчасність захисту» більш повно характеризує наявність у необхідної оборони часових меж, і, крім того, вона використовується в теорії кримінального права при визначенні понять «передчасна» та «запізніла» оборона.

Таким чином, ми пропонуємо наступну класифікацію умов правомірності необхідної оборони:

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

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

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

Суспільна небезпека діяння, яке утворює посягання, за своїми характеристиками не відрізняється від загальної характеристики суспільної небезпеки злочину. Під суспільною небезпечністю злочину в теорії кримінального права розуміється заподіяння тяжкої за своїм характером та ступенем шкоди при посяганні на найбільш важливі суспільні відносини, що охороняються нормами кримінального права [180, с. 27]. Суспільна небезпечність визначається: суспільною цінністю, важливістю тих суспільних відносин (об'єкта), на які спрямовано посягання; характером та розміром заподіяної шкоди; способом дії; мотивами дії; ступенем вини. Стосовно характе-

ристик цієї ознаки в контексті умов правомірності необхідної оборони можна зазначити, що посягання повинно бути злочинним, тобто кваліфікуватись за відповідною статтею Особливої частини КК України. В той же час правомірна необхідна оборона можлива проти злочинних діянь осіб, які за кримінальним законом не можуть виступати суб'єктами злочину (малолітні або неосудні особи).

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

Також захист не припускається при провокації необхідної оборони, якою визнаються дії особи, що вчинені з метою викликати на себе суспільно небезпечне посягання, щоб використати його як привід для заподіяння шкоди тому, хто посягає. Як зазначає М. Й. Коржанський, «...такі дії вчинюються з метою викликати на себе напад, щоб потім була можливість дати гідну відсіч (помститися), посилаючись на те, що був змушений оборонятися, тобто опинився в стані необхідної оборони» [53, с. 58]. На нашу думку, положення про провокацію необхідної оборони доцільно закріпити у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» і викласти їх у абз. 4 п. 2 цієї постанови наступним чином: «Не виникає стану необхідної оборони у випадку вчинення особою дій, спрямованих на провокацію щодо себе суспільно небезпечного посягання з метою використати його як привід для заподіяння шкоди тому, хто посягає».

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

Слід зазначити, що деякі автори відкидають ознаку дійсності посягання як одну з умов, що визначає правомірність необхідної оборони. Так, Ю. М. Ткачевський відзначає, що наявністю посягання охоплюється і його дійсність. В. Ф. Кириченко з цього приводу писав: «Видається невдалим саме встановлення ознаки дійсності нападу як однієї з умов правомірності необхідної оборони. Ця ознака не визначає якоїсь особливої якості нападу, що створює право необхідної оборони, а констатує лише, що напад повинен існувати в реальній дійсності» [45, с. 81].

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

Розглянемо детально умови правомірності необхідної оборони, які відносяться до захисту. До цієї групи умов належать: а) правомірність об'єкта захисту; б) спричинення шкоди

лише особі, що посягає; в) своєчасність захисту; г) правомірність меж захисту.

Правомірність об'єкта захисту означає, що захист при необхідній обороні повинен здійснюватися відносно життя і здоров'я, прав і свобод, власності особи, що захищається, або іншої особи, а також відносно суспільних інтересів. При цьому захист інтересів інших осіб припустимий незалежно від їхньої згоди на надання такої допомоги від посягання і не залежить від їх звернення про допомогу. Небажання потерпілого захищатися від суспільно небезпечного посягання не виключає права необхідної оборони з боку третьої особи, яка вжила заходів щодо захисту потерпілого за власною ініціативою. Також необхідно зазначити, що захисту при необхідній обороні вищевказані об'єкти підлягають лише в тому випадку, якщо вони прийняті під охорону нормами кримінального права [178, с. 257]. В тому випадку, якщо ці об'єкти поставлені під охорону нормами адміністративного права, наприклад, при захисті від адміністративного хуліганства, необхідна оборона повинна здійснюватися за правилами, передбаченими ст. 19 КУпАП.

Спричинення шкоди особі, яка здійснює посягання, означає, що захист при необхідній обороні визнається правомірним за умови спричинення шкоди саме тій особі, яка посягає, а не іншій особі, яка непричетна до суспільно небезпечного посягання. Завдання шкоди третій особі виключає стан необхідної оборони. У випадку завдання шкоди третій особі, непричетній до посягання, дії особи, що захищається, повинні розглядатися з точки зору уявної оборони або кримінальної відповідальності на загальних підставах в залежності від обставин справи. Пленум Верховного Суду України в п. 3 своєї постанови «Про судову практику у справах про необхідну оборону» зазначає, що у випадку, «якщо при необхідній обороні випадково заподіяно шкоду не причетній до нападу особі, відповідальність може наставати залежно від наслідків за заподіяння шкоди через необережність» [121, с. 31].

Своєчасність захисту при необхідній обороні полягає у тому, що захист повинен за часом співпадати із суспільно небезпечним посяганням. Це означає, що на момент вчинення захисних дій суспільно небезпечне посягання існує об'єктивно у відповідній системі часових координат, тобто вже розпочалося або повинно буквально зараз розпочатись, але ще не закінчилось. В той же час необхідна оборона можлива не лише від суспільно небезпечного посягання, яке вже розпочалося, але і від реальної загрози здійснення такого посягання. Тобто у випадку, коли існує реальна загроза здійснення суспільно небезпечного посягання і воно повинно буквально зараз розпочатись, у особи, що захищається, виникає право на необхідну оборону. Як зазначає Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» від 26.04.2002 року, «...при з'ясуванні наявності такої загрози необхідно враховувати поведінку нападника, зокрема, спрямованість умислу, інтенсивність і характер його дій, що дають особі, яка захищається, підстави сприймати загрозу як реальну» [121, с. 31].

Закінчення суспільно небезпечного посягання можливо у випадках: досягнення особою мети посягання; припинення посягання завдяки активності оборони чи втручання сторонніх або посадових осіб; добровільної відмови від посягання [178, с. 254]. Однак, в будь-якому випадку момент закінчення посягання має бути явним, зрозумілим для особи, що захищається. Поняття «явності» і «зрозумілості» закінчення посягання є оціночними критеріями, які в кожному конкретному випадку оцінюються судом в залежності від обставин справи. З цього приводу Верховний Суд України розробив певні критерії: 1) перехід використаних при нападі знарядь або інших предметів від нападника до особи, що захищається, не завжди свідчить про закінчення посягання; 2) суспільно небезпечне посягання може викликати у особи, яка захищається, сильне душевне хвилювання в якому вона не завжди може оцінити момент завершення посягання.

Встановлення умови своєчасності та, відповідно, часових вимог до необхідної оборони пов'язано з тим, що захисні дії при необхідній обороні здійснюються для негайного відвернення або припинення суспільно небезпечного посягання. Така ситуація виникає тоді, коли зволікання з боку особи, що захищається, в заподіянні шкоди тому, хто посягає, загрожує негайною і явною шкодою її життю і здоров'ю, правам і свободам, власності, а також суспільним інтересам. Таким чином, надаючи громадянам право на необхідну оборону, закон має на увазі лише такі випадки захисту, за яких громадянин змушений невідкладно заподіяти шкоду особі, що посягає, з тим, щоб відвернути чи припинити посягання та ефективно здійснити захист. Якщо ж така невідкладна потреба не виникла або, навпаки, вже минула, то виникає ситуація «передчасної» або «запізнілої» оборони, при яких оцінка дій особи, що захищається, буде здійснюватись з точки зору кримінальної відповідальності на загальних підставах.

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

Узагальнюючи вищезазначені умови правомірності необхідної оборони, ми можемо зробити висновок, що інститут необхідної оборони є досить складною юридичною конструкцією для праворозуміння «звичайними» громадянами. Про це зазначають багато вчених, які вказують, що, обравши шлях загального визначення правомірності необхідної оборони (на всі випадки життя), законодавець тим самим поставив потенційного суб'єкта необхідної оборони в ситуацію, за якої він

повинен не тільки дочекатися нападу, але і визначити його спрямованість (на життя чи інші блага) і з'ясувати характер застосованого насильства, тобто вирішити ті питання, що викликають труднощі навіть у фахівців кримінального права і які без роз'яснення Пленуму Верховного Суду однозначно тлумачитися не будуть [38, с. 34].

Розглянемо більш детально питання про «межі необхідної оборони» та їх перевищення. В теорії кримінального права відсутнє досконале визначення поняття «межа необхідної оборони». Багато вчених намагалися охарактеризувати його через формальні критерії перевищення меж необхідної оборони, закріплені в ч. 3 ст. 36 КК України, зокрема, Ю. В. Баулін, який зазначав, що «межею необхідної оборони визнається спричинення тому, хто посягає, шкоди, яка відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту» [6, с. 248]. Однак, зрозуміло, що таке визначення цього поняття, в якому категорія «межа» характеризується буквально як «спричинення шкоди», не є досконалим з філософсько-правової точки зору і містить певну формалізацію.

На нашу думку, поняття «межа необхідної оборони» доцільніше охарактеризувати більш узагальнено як «грань її правомірності, яка визначається особливостями кожного конкретного суспільно небезпечного посягання». Ми вважаємо, що «межа необхідної оборони» є виключно оціночним поняттям, як, наприклад, категорії «розумність», «розумна людина» у кримінальному праві Англії та США [113, с. 59–60], або як категорія «необґрунтоване посягання» у кримінальному праві Франції [112, с. 80], яке неможливо визначити через формалізовані поняття і порівняння, та в кожному конкретному випадку необхідної оборони її межа залежить від конкретних обставин справи.

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

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

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

Перейдемо до розгляду кримінально-правових норм, що стосуються перевищення меж необхідної оборони та їх практичного застосування. Загалом потрібно зазначити, що теоретичні і практичні питання про перевищення меж необхідної оборони є досить актуальними та дискусійними на сьогоднішній день у зв'язку з існуючою практикою скасування рішень судів першої інстанції по цій категорії кримінальних справ, через неправильне застосування кримінально-правових норм.

В теорії кримінального права не існує єдиної і детальної характеристики поняття «перевищення меж необхідної оборони». При визначенні цього поняття в вітчизняному кримінальному праві в основному посилаються на ч. 3 ст. 36 КК України, в якій зазначено, що «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту» [54, с. 19; 4, с. 86]. В науці кримінального права існують подібні до нього за конструкцією, але дещо більш розширені за змістом, визначення цього поняття.

Наприклад, Н. Н. Паше-Озерський зазначає, що перевищення меж необхідної оборони полягає в тому, що особа, яка знаходиться у стані необхідної оборони, здійснює надмірний захист і в процесі оборони заподіює особі, що посягає, шкоду, яка не сумісна з характером і небезпекою посягання та не виправдовує важливості охоронюваних інтересів [114, с. 92]. М. І. Якубович вказує, що перевищення меж необхідної оборони має місце в тому випадку, якщо особа, що обороняється, застосовує такі засоби захисту, які явно не обґрунтовані ні характером нападу ні реальною обстановкою і закінчуються, як правило, або позбавленням життя нападника, або заподіянням йому важкого чи менш важкого тілесного ушкодження. Більш лаконічне визначення надає Ю. В. Баулін: «Перевищення меж необхідної оборони — це завідоме спричинення особі, що посягає, тяжкої шкоди (смерті або тяжких тілесних ушкоджень), яка явно неспіврозмірна з небезпечністю посягання чи явно не відповідає обстановці захисту» [6, с. 259].

Якщо узагальнити ці визначення, то можна помітити їх спільну особливість, яка полягає у тому, що в них при характеристиці наявності/відсутності перевищення меж необхідної оборони акцент робиться на наявності або відсутності тяжкої шкоди, яка заподіюється тому, хто посягає. Така тенденція існує і у слідчій та судовій практиці, де кваліфікація перевищення меж необхідної оборони просто визначається в залежності від наявності факту заподіяння тяжкої шкоди тому, хто посягає. Зокрема, в деяких випадках, при розгляді питання про наявність/відсутність в діях особи, що захищається, перевищення меж необхідної оборони, слідчі та суди першої інстанції оцінюють дотримання меж необхідної оборони з точки зору наявності чи відсутності спричинення особі, що посягає, тяжкої шкоди або позбавлення її життя. Якщо такі наслідки оборонних дій є, то дії особи, що захищається, в таких випадках кваліфікуються як перевищення меж необхідної оборони за статтями 118 і 124 КК України. При цьому не

враховуються інші важливі обставини конкретного випадку захисту, а саме: можливість і правомірність вчинення саме таких оборонних дій особою, що захищається, які призвели до вищевказаних наслідків і які, на нашу думку, можуть бути не менш важливими при вирішенні цього питання. В результаті це призводить до скасування судових рішень судами вищих інстанцій. Так, наприклад, вироком Підволочиського районного суду Г. було засуджено за те, що під час захисту від М. і В., які почали безпричинно його бити, він, перевищивши межі необхідної оборони, вдарив М. ножем і заподіяв йому тяжкі тілесні ушкодження. Однак, вирішуючи питання про наявність у діях Г. перевищення меж необхідної оборони, суд не врахував інших обставин справи, а саме: напад на Г. було вчинено на безлюдній вулиці і раптово; напад на Г. здійснили двоє молодих і фізично здорових людей М. і В., сам же Г. був фізично слабкий, оскільки переніс інфаркт та операцію на нозі; М. і В. безпричинно побили Г., незважаючи на те, що він їх попередив, що захищатиметься за допомогою ножа. За таких обставин Г. був вправі захищатися наявними у нього засобами, в тому числі із застосуванням ножа, бо інших предметів для відбиття нападу хуліганів у нього не було. Постановою Тернопільського обласного суду, в якій були враховані ці обставини, а не просто факт спричинення Г. тяжких тілесних ушкоджень М., вирок щодо Г. був скасований і провадження у справі було закрито через відсутність в його діях складу злочину [124]. Тобто в даному випадку Підволочиський районний суд при розгляді питання про перевищення Г. меж необхідної оборони зосередився виключно на факті заподіяння Г. тяжких тілесних ушкоджень М. і не врахував інші важливі обставини справи.

Ще один приклад з практики: на К. напали Т., Г. і Щ., які перед тим погрожували йому розправою. Захищаючись, К. напилком ударив Щ. в груди, той від поранення серця помер. Суд засудив К. за вбивство при перевищенні меж необхідної

оборони (ст. 118 КК України). Верховний Суд України скасував вирок суду, припинивши справу за відсутністю в діях К. складу злочину. Було зазначено, що на К. напали три особи, які і до цього погрожували йому розправою. При такому співвідношенні сил застосування К. напилка не може розцінюватись як перевищення меж необхідної оборони. В цьому випадку місцевий суд також при розгляді питання про перевищення К. меж необхідної оборони зосередився виключно на факті спричинення смерті Щ. від удару напилком К. і не врахував інші важливі обставини справи.

В той же час потрібно зазначити, що в кримінально-правовому регулюванні інституту необхідної оборони деяких зарубіжних країн існує характеристика дотримання меж необхідної оборони, яка прив'язана до оборонних дій особи, що захищається. Наприклад, в кримінальному законодавстві Англії та США не закріплено визначення поняття «перевищення меж необхідної оборони». Однак дотримання меж захисту напряму прив'язується до оборонних дій особи, що захищається, які характеризуються як «застосування сили», «застосування фізичної сили». При цьому в кримінальному законодавстві встановлюються випадки, коли можна застосовувати той чи інший вид сили: «смертельну фізичну силу» (у випадках, передбачених параграфами 35.15, 35.20 КК штату Нью-Йорк, параграфом 9.42 КК штату Техас), «фізичну силу для захисту власності» (у випадках, передбачених параграфом 35.25 КК штату Нью-Йорк, параграфом 9.41 КК штату Техас), «фізичну силу в розумних межах» (у випадках, передбачених ст. 3 Закону Англії «Про кримінальне право», параграфом 35.15 КК штату Нью-Йорк) [79, с. 61–63; 181, с. 109]. В кримінальному праві Іспанії та Франції також відсутнє визначення поняття «перевищення меж необхідної оборони». При цьому в КК Іспанії необхідна оборона характеризується як «захисні дії», способи здійснення яких повинні відповідати «вимогам розумної необхідності» (ч. 4 ст. 21) [112, с. 83], а в КК

Франції необхідна оборона визначається через «дії, викликані необхідністю правомірного захисту», при яких використані засоби захисту повинні відповідати тяжкості посягання (ст. 122-5) [136, с. 130]. Таким чином, ми можемо зробити висновок, що дотримання меж необхідної оборони в розглянутих нами прикладах прямо чи опосередковано прив'язується до оборонних дій особи, що захищається. У зв'язку з цим можна стверджувати про те, що перевищення меж необхідної оборони доцільно характеризувати не лише з точки зору заподіяння того чи іншого розміру шкоди, а і з точки зору співрозмірності оборонних дій особи, що захищається, із суспільною небезпекою посягання та обстановкою захисту.

Ми вважаємо, що подібна концепція повинна мати закріплення у нашому кримінальному законодавстві. В КК України перевищення меж необхідної оборони: 1) характеризується як умисне заподіяння тяжкої шкоди тому, хто посягає, в ч. 3 ст. 36 КК України; 2) утворює два привілейовані склади злочинів, передбачені ст.ст. 118 та 124 КК України: умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони; умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони.

Ми пропонуємо, залишивши склади злочинів за умисне вбивство та заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони, характеризувати таке перевищення з точки зору відповідності оборонних дій особи, що захищається, суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту, а не з точки зору заподіяння шкоди, що повинно виступати лише як можливий результат таких дій. Тобто при теоретичному визначенні та практичному розгляді питання про наявність/відсутність перевищення меж необхідної оборони, слідчі та суди повинні визначати в першу чергу правомірність оборонних дій особи, що захищається, від суспільно небезпечного посягання, які мають бути необхідними і достатніми для негайного відвернення чи припинення такого посягання, а не тільки розмір завдання шкоди особі, що посягає (побої, легкі, середні або тяжкі тілесні ушкодження, смерть та ін.), який повинен розглядатися лише як наслідок таких оборонних дій, що може як виникнути, так і не виникнути [99, с. 380–381]. Так, наприклад, якщо суд визнає правомірним, що особа при груповому нападі на неї, за наявних під час нападу обставин та фактів, мала право відмахнутися ножем від нападаючих, то наслідки такого удару (розмір завданих таким ударом тілесних ушкоджень), на нашу думку, не повинні принципово впливати на кваліфікацію правомірності необхідної оборони та дотримання її меж, навіть якщо один із нападаючих в момент удару, випадково нахилившись вперед, отримав удар у шию замість тулуба, і від цього удару ножем помер.

Наприклад, М. на подвір'ї свого будинку під час сварки з Л., яка образила його і вдарила рукою в обличчя, з метою запобігти її подальшим неправомірним діям відштовхнув її від себе, внаслідок чого вона впала і від удару об асфальт одержала перелом шийки правого стегна зі зміщенням, що спричинило їй тяжкі тілесні ушкодження. За вироком Старобешівського районного суду Донецької області М. заподіяв потерпілій тяжке тілесне ушкодження при перевищенні меж необхідної оборони, і його було засуджено на один рік виправних робіт без позбавлення волі. Однак, під час судового засідання М. заперечував свою винність, показав що Л. почала сваритися з ним за межу земельних ділянок, потім ударила його рукою в обличчя, заподіявши садна (які згідно з висновком судово-медичної експертизи було віднесено до легких тілесних ушкоджень), а коли спробувала вдарити ще раз, він відштовхнув її від себе, і вона впала на асфальт. Згідно з поясненнями Л., після того, як вона вдарила М. в обличчя, останній схопив її за плече і відштовхнув, від чого вона впала й одержала тілесне ушкодження. Верховний Суд України, врахувавши ці обставини та факти, скасував рішення районного суду, і справу щодо М. було закрито за відсутністю в його діях складу злочину [173]. Таким чином, в

цьому рішенні Верховного Суду України основна увага приділялась не наслідкам діяння М. — тяжким тілесним ушкодженням Л., а правомірності захисних дій М. (можливість відштовхнути Л. від себе), які за наявних обставин справи дали можливість зробити правильний висновок про відсутність в діях М. перевищення меж необхідної оборони.

Тому, враховуючи викладенні обставини та судову практику, яка має певне накопичення, ми вважаємо за доцільне запропонувати викласти перевищення меж необхідної оборони у ч. 3 ст. 36 КК України наступним чином: «Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу» [99, с. 381–382]. В даному визначенні основний акцент робиться саме на фразі про «умисне вчинення особою, що захищається, дій…», а не про «умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди…», що закріплено в діючому КК України. Відповідно до цього поняття «перевищення меж необхідної оборони» в теоретичному аспекті можна визначити як «умисне вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту». На нашу думку, саме таке визначення повинно направити основну увагу при аналізі питання про перевищення меж необхідної оборони на оборонні дії особи, що захищається, а вже потім на завдання шкоди, як можливий (додатковий) наслідок таких дій [99, с. 382]. Відповідним чином пропонуємо викласти поняття «перевищення меж необхідної оборони» і в абз. 1 п. 4. Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону».

При оцінці вчинених оборонних дій особою, що захищається, також потрібно враховувати їх відповідність суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту. Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» суди повинні враховувати не лише відповідність чи невідповідність знарядь захисту і нападу, а й характер небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, та обставини, що могли вплинути на реальне співвідношення сил, зокрема: місце і час нападу, його раптовість, неготовність до його відбиття, кількість нападників і тих, хто захищався, їхні фізичні дані (вік, стать, стан здоров'я) та інші обставини [121, с. 32].

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

визначати правомірність здійснення особою захисних дій від суспільно небезпечного посягання [106, с. 110].

Потрібно зазначити, що в науці кримінального права існує думка про те, що перевищення меж необхідної оборони має, насамперед, місце у випадках явної невідповідності між погрожуючим шкодою і шкодою, заподіяною обороною, у випадках різкої неспівмірності між цінністю, важливістю, суспільним значенням інтересу того, хто захищається, і інтересу, що порушується обороною. Зазначається, що при такому положенні не можна, наприклад, заподіяти тяжке тілесне ушкодження злодію, убити особу, яка намагається зґвалтувати жінку, оскільки життя є більш цінним благом у порівнянні із статевою недоторканністю. Тут буде мати місце перевищення меж необхідної оборони [133, с. 32]. Ця думка має право на існування, однак погодитись із таким основним критерієм для кваліфікації перевищення меж необхідної оборони (співрозмірність між інтересами того, хто захищається, і інтересами, що порушуються обороною) ми не можемо. Якщо розглянути наведений вище приклад при зґвалтуванні в ідеальній сукупності, не враховуючи інші додаткові фактори (обстановку захисту, знаряддя вчинення злочину тощо), то можна зазначити наступне: 1) зґвалтування за своїм ступенем тяжкості може бути: злочином середньої тяжкості (ч. 1 ст. 152 КК України); тяжким злочином (ч. 2 ст. 152 КК України — при вчиненні його повторно або особою, яка раніше вчиняла інші злочини проти статевої недоторканності); особливо тяжким злочином (ч. 3, 4 ст. 152 КК України — при зґвалтуванні з тяжкими наслідками, в т. ч. пов'язаними зі смертю або самогубством потерпілої, зґвалтуванні неповнолітньої чи малолітньої особи, груповому зґвалтуванні). Зґвалтування, передбачені частинами 3, 4 ст. 152 КК України як і умисне вбивство (ч. 1 ст. 115 КК України) є особливо тяжкими злочинами, за які фактично передбачено однакове кримінальне покарання, тобто ми можемо говорити про рівноцінність інтересів, що захищаються цими кримінально-правовими нормами. Про рівноцінність інтересів ми можемо говорити і при зґвалтуванні, передбаченому ч. 2 ст. 152 КК України, та умисному заподіянні тяжких тілесних ушкоджень (ст. 121 КК України), які є злочинами середньої тяжкості із покаранням за їх вчинення від 5 до 10 років позбавлення волі.

Відповідно до викладених нами положень виникають наступні питання: яким чином жінка, яку намагається зґвалтувати чоловік, повинна оцінити те, що він вже скоює цей злочин повторно або раніше скоював інший злочин проти статевої недоторканності (ч. 2 ст. 152 КК України) і йому можна спричиняти тяжкі тілесні ушкодження? Яким чином жінка, яку намагається зґвалтувати чоловік, повинна оцінити те, що зґвалтування обернеться для неї тяжкими наслідками (смертю або самогубством — ч. 4 ст. 152 КК), і ґвалтівнику можна спричинити смерть? Результати і хід зґвалтування є непередбачуваними не тільки для жертви, а і для самого ґвалтівника. Досить часто після закінчення зґвалтування, ґвалтівник, користуючись безпорадним станом жертви, який виникає після будь-якого зґвалтування, вирішує приховати злочин і вбити жертву, яка не може здійснити йому опору в силу свого безпомічного стану. Також принцип дотримання співвідношення інтересів не враховує просту аксіому, що ґвалтівник, яким в 98 % такого роду злочинів є чоловік, завжди біологічно набагато сильніший за жінку, як мінімум вдвічі, що автоматично робить його господарем ситуації. Аналогічні висновки та питання можуть виникнути, якщо, наприклад, розглянути можливість заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень при вчиненні такого злочину, як викрадення людини (ст. 146 КК України). Таким чином, ми бачимо, скільки питань та невідповідностей виникає, якщо вказати про співрозмірність з ідеального боку між інтересами того, хто захищається, і інтересами, що порушуються обороною, як про основний критерій для перевищення меж необхідної оборони, навіть без врахування конкретної обстановки захисту при обороні.

З урахуванням складності кваліфікації дій особи, вчинених у стані необхідної оборони, і можливості допущення при цьому судових помилок, які було розглянуто вище, ми пропонуємо встановити розгляд такої категорії справ за участю суду присяжних. В ст. 31 нового Кримінального процесуального кодексу України від 13.04.2012 р. розгляд справ судом присяжних (у складі двох професійних суддів та трьох присяжних) передбачається за клопотанням обвинуваченого щодо злочинів, за вчинення яких встановлено покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Якщо розглянути історію виникнення та розвитку суду присяжних в Україні, то можна побачити, що цей інститут виник на українських землях під час судової реформи 1864 року у Російській імперії та використовувався у справах про політичні злочини, про релігійні злочини та про особливо тяжкі злочини, за які передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад 10 років або довічне позбавлення волі [69, с. 56]. Поступово державою було здійснено обмеження їх компетенції виключно до участі у розгляді особливо тяжких злочинів та, за часів СРСР, замінено на інститут народних засідателів. В теперішній час складається думка, що суди присяжних та колегії народних засідателів носять виключно формальний характер і не впливають на вирішення справи у суді, хоча основне їх призначення полягає в безпосередній участі громадян у відправленні правосуддя в публічних судових процесах, які характеризуються значним суспільним інтересом.

Ми вважаємо, що надання обвинуваченому у перевищенні меж необхідної оборони права клопотати про розгляд його справи судом присяжних буде додатковою процесуальною гарантією кваліфікованого і усестороннього розгляду такої категорії справ. На нашу думку, саме по такій категорії кримінальних справ і необхідно вводити суд присяжних, оскільки такі судові справи досить часто є публічними і мають значний суспільний інтерес.

Перейдемо до розгляду питання про класифікацію (виділення певних видів) необхідної оборони та перевищення її меж. В науці кримінального права існують різні класифікації цих категорій. Так, Ю. В. Баулін в залежності від суспільної небезпеки посягання і обстановки захисту виділяє два види перевищення меж необхідної оборони: перевищення меж допустимої шкоди та перевищення меж достатньої шкоди [6, с. 259]. Виділення цих видів залежить від особливостей як правової підстави необхідної оборони (посягання, яке представляє або не представляє собою велику суспільну небезпеку), так і від фактичної підстави (відносно сприятлива або несприятлива обстановка захисту). Перевищенням меж допустимої шкоди необхідно вважати умисне спричинення особою у несприятливій обстановці захисту тому, хто посягає смерті або тяжких тілесних ушкоджень при захисті від посягання, яке не представляє собою великої суспільної небезпеки. Воно має місце там, де при захисті від посягання відносно невеликої суспільної небезпеки, наприклад, при припиненні порушень громадського порядку, особа, яка захищається, умисно заподіює тому, хто посягає, смерть або тяжкі тілесні ушкодження. Перевищення меж достатньої шкоди має місце там, де особа, що захищається, умисно заподіює тяжку шкоду тому, хто посягає (смерть або тяжкі тілесні ушкодження), яка хоча і співмірна із суспільною небезпекою посягання, однак явно не відповідає відносно сприятливій обстановці захисту. Цей вид перевищення визначається тим, що особа, яка захищається, усвідомлюючи свою очевидну перевагу над тим, хто посягає, умисно, без необхідності, позбавляє його життя або завдає тяжких тілесних ушкоджень [6, с. 260–261]. Такої ж думки дотримуються В. В. Сташис та В. Я. Тацій, які зазначають, що можливо виділити два види ексцесу (перевищення меж) необхідної оборони: перевищення меж допустимої шкоди та перевищення меж достатньої шкоди [57, с. 300].

В кримінальному законодавстві РФ існує наступна класифікація необхідної оборони: 1) необхідна оборона від посягання, поєднаного з насильством, яке небезпечне для життя особи, що захищається, чи іншої особи або з реальною загрозою застосування такого насильства; 2) необхідна оборона від посягання, поєднаного з насильством, яке не є небезпечним для життя особи, що захищається, чи іншої особи або з реальною загрозою застосування такого насильства. В першому випадку необхідна оборона є завжди правомірною, і межі перевищення для неї відсутні, а у другому — не може перевищувати допустимих меж [17, с. 19; 148, с. 21–22].

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

- загальна;
- виключна;
- спеціальна.

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

Виключна необхідна оборона пов'язана із психічним ставленням особи до суспільно небезпечного посягання, яке може викликати у неї сильне душевне хвилювання, відповідно до ч. 4 ст. 36 КК України. В такому випадку особа, що захищається, взагалі не може підлягати кримінальній відповідальності, оскільки вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпеці посягання чи обстановці захисту. Наве-

демо приклад виключної необхідної оборони з практики: Артемівський районний суд Донецької області вироком від 19 січня 2004 р. засудив Б., раніше двічі судимого за корисливі злочини, за ст. 116 КК України на три роки позбавлення волі. Б. було визнано винним у тому, що він 29 травня 2003 р. приблизно о 4-й годині 30 хвилин з ревнощів і помсти, перебуваючи в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок тяжкої образи та протизаконного насильства щодо нього та близької йому людини — М. із боку І., умисно завдав останньому 11 ударів ножем у життєво важливі органи, внаслідок чого І. помер.

Апеляційний суд Донецької області ухвалою від 6 квітня 2004 р. вирок щодо Б. скасував і справу закрив на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК — за відсутністю в його діях складу злочину. При цьому апеляційний суд зазначив, що І. застосував до Б. і близької йому людини протиправне насильство, а саме: І., коли Б. не було вдома, вибив уночі вхідні двері в будинку, де Б. і М., з якою останній перебував у фактичних шлюбних стосунках, проживали з малолітніми дітьми; у присутності дітей силою примусив М. піти з дому, що викликало у дітей почуття страху та про що 10-річна дитина повідомила Б.; зґвалтував М. і в той час, коли Б. знайшов їх, на очах у нього завдавав їй ударів. Все це на ґрунті емоційного напруження викликало у Б. стан сильного душевного хвилювання, в якому він не міг об'єктивно оцінювати реальність посягання та відповідність заподіяної ним шкоди небезпечності посягання, що згідно з ч. 4 ст. 36 КК України виключає кримінальну відповідальність. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України залишила касаційне подання прокурора без задоволення і ухвалу апеляційного суду Донецької області без зміни [125, с. 30–31]. В даному випадку апеляційний суд, дослідивши всі обставини справи, правильно визначив наявність виключної оборони в діях Б. і скасував незаконне рішення місцевого суду.

Додатково до питання про виключну необхідну оборону потрібно також зазначити, що в останнє десятиліття, як вказують багато вчених, у світі все більшого розповсюдження набуває підхід, за яким особа не підлягає кримінальній відповідальності або може бути повністю звільнена від неї у випадку перевищення меж необхідної оборони, якщо дії особи були здійснені у стані переляку, сильного душевного хвилювання, замішання, остраху та інших подібних станах психіки (КК Австрії, Болгарії, Германії, Греції, Польщі) [17, с. 21]. Цей підхід засновується на тому, що людина у стані афекту не розуміє, що вона робить, і не може керувати своїми вчинками, а тим паче оцінювати їх правомірність з точки зору необхідної оборони. Тому, як зазначається в науковій літературі, доцільно буде доповнити ст. 36 КК України положенням, що перевищення меж необхідної оборони внаслідок страху, переляку чи під впливом афекту виключає кримінальну відповідальність [24, с. 120–121].

Спеціальна необхідна оборона має місце при захисті особи від посягань, які в силу своїх особливостей становлять найвищу суспільну небезпеку і перелік яких закріплений у ч. 5 ст. 36 КК України. При захисті від таких посягань особа, що захищається, має право застосовувати будь-які засоби захисту, в тому числі і зброю та не підлягає кримінальній відповідальності за перевищення меж необхідної оборони незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяла тому, хто посягає. Частина 5 ст. 36 КК України викладає положення про спеціальну необхідну оборону наступним чином: «не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає» [55, с. 97; 160, с. 84].

Аналізуючи ч. 5 ст. 36 КК України, можна зазначити, що спеціальні випадки необхідної оборони мають місце при захисті від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку, і до цих випадків кримінальний закон відносить захист від: 1) нападу озброєної особи; 2) нападу групи осіб; 3) протиправного насильницького вторгнення в житло або інше приміщення особи. Про те, що ці випадки захисту є спеціальними видами необхідної оборони, зазначають В. В. Сташис та В. Я. Тацій [57, с. 301], а П. Л. Фріс визначає їх як «ситуації підвищеної небезпеки для особи, яка була піддана нападу», при яких можливе застосування крайніх заходів [178, с. 261]. При спеціальних випадках необхідної оборони законодавець дозволяє використовувати особі, що захищається, зброю або будь-які інші засоби, і заподіяна нею шкода згідно з ч. 5 ст. 36 КК України повинна у будь-якому випадку визнаватись правомірною.

Однак, незважаючи на те, що ч. 5 ст. 36 КК України прямо вказує, що в зазначених вище випадках відсутнє перевищення меж необхідної оборони, в кримінальному законодавстві і узагальненнях судової практики, зокрема, в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону», відсутня належна їх конкретизація, що призводить до досить рідкого застосування їх у судовій практиці. Тому, на нашу думку, доцільно більш детально розглянути та проаналізувати ці спеціальні види (випадки) необхідної оборони із вивченням зарубіжного досвіду з цього питання, зокрема, кримінального законодавства США, в якому існують подібні види необхідної оборони.

Відповідно до кримінального законодавства США захист (необхідна оборона) здійснюється шляхом застосування фізичної сили, яку можна поділити на: смертельну (вбивство нападаючого чи нанесення тяжкої шкоди його здоров'ю) і звичайну (нанесення побоїв, легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень). Спеціальним випадкам необхідної оборони, передбаченим ч. 5 ст. 36 КК України у кримінальному праві

США відповідають випадки застосування смертельної сили (смертельної фізичної сили). Згідно з ч. 2 параграфу 35.15 КК штату Нью-Йорк застосування смертельної фізичної сили можливо, коли особа, що захищається, розумно передбачає, що нападник застосовує або ось-ось почне застосовувати смертельну фізичну силу, однак при цьому особа не вправі її застосувати, якщо, відступивши, може з повною безпекою для себе та інших людей уникнути необхідності її застосування. Безумовне право (без будь-яких обмежень) на застосування смертельної фізичної сили дозволяється у випадках, коли:

а) особа вчиняє або намагається вчинити вбивство, викрадення людини, зґвалтування чи пограбування;

б) особа вчиняє або намагається вчинити берглері (незаконне проникнення до житла з метою вчинити злочин);

в) особа, на яку напали, знаходиться у своєму житлі і не є початковим агресором;

г) особа, на яку напали, є працівником поліції, посадовою особою, що наглядає за дотриманням громадського порядку, або особою, яка першою надала допомогу [181, с. 110; 22, с. 121].

Згідно з параграфом 9.32 КК штату Техас особа виправдано застосовує смертельну силу по відношенню до іншого: 1) якщо розумна людина на його місці не зробила би спробу уникнути нападу; 2) та якщо особа розумно вважає, що смертельна сила негайно необхідна:

а) для захисту від застосування чи спроби застосування смертельної сили іншою особою по відношенню до того, хто захищається; б) для запобігання викрадення людини, умисного вбивства, сексуального насильства, грабежу, розбою [79, с. 64].

Застосування смертельної сили для захисту третіх осіб регулюється параграфом 9.33 КК штату Техас. Згідно з цим параграфом, особа виправдано застосовує смертельну силу для захисту третіх осіб, якщо: а) за даних обставин вона виправдано застосувала би смертельну силу для свого захисту; б) вона розумно вважає, що її негайне втручання необхідно для захисту іншої людини [79, с. 64].

Розглядаючи ці випадки, можна зробити висновок, що у кримінальному праві США передбачений більший перелік спеціальних випадків, під час яких особа має право наносити тяжку шкоду здоров'ю нападаючого, застосовуючи при цьому смертельну фізичну силу. Це можна зробити під час вчинення таких злочинів, як викрадення людини (ст. 146 КК України), зґвалтування (ст. 152 КК України), пограбування (ст.ст. 186, 187 КК України), захисту житла від берглері та захисту нерухомого майна від підпалу (параграф 35.20 КК штату Нью-Йорк, параграф 9.42 КК штату Техас).

Особливо цікавим є випадок захисту особою свого житла від берглері (незаконного проникнення до нього з метою вчинити злочин). В параграфі 35.20 КК штату Нью-Йорк він викладений наступним чином: «особа, яка володіє житлом чи здійснює контроль над ним, а також особа, що має дозвіл перебувати всередині житла, яка розумно вважає, що інша особа вчиняє або намагається вчинити берглері по відношенню до житла, може використати смертельну фізичну силу по відношенню до такої особи, якщо вона розумно вважає, що це необхідно для запобігання вчинення берглері». У ч. 5 ст. 36 КК України йому частково відповідає випадок «попередження протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи», під час якого захист можливий із застосуванням зброї і нанесенням тяжкої шкоди здоров'ю нападника. Однак при цьому не враховуються можливості агресора увійти до житла звичайним або оманним шляхом (наприклад, як сусіда по якій-небудь справі чи при рекомендації працівником соціальних служб або працівником правоохоронних органів) і подальшого намагання, після проникнення до житла, вчинити тяжкий злочин у ньому. При такій ситуації положення про підвищену суспільну небезпеку посягання і можливість заподіяння при необхідній обороні тяжкої шкоди нападнику діяти не будуть, оскільки момент вторгнення до житла пройшов не протиправно. Тому, на нашу думку, з метою

усунення такої прогалини, перелік спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України потрібно доповнити наступним: «захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі», правомірність якого повинна залежати від оцінки того факту, чи дійсно особа, що посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи, чи ні. Якщо особа, що посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи, то захист від її посягання у зв'язку з підвищеним рівнем його суспільної небезпеки не повинен вважатися перевищенням меж необхідної оборони, незалежно від тяжкості заподіяної їй шкоди [96, с. 533]. При цьому такий захист повинен допускатися як зі сторони власника чи володільця житла, так і зі сторони третьої особи, яка перебуває у житлі на законних підставах (товариш, сусід, родич). На нашу думку, охарактеризувати і розкрити можливість такого захисту, з викладенням запропонованих нами положень, потрібно в п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» наступним чином: «Захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі передбачає можливість власника (володільця) житла або іншої особи, яка знаходиться у житлі на законних підставах, заподіяти тяжку шкоду (смерть або тяжкі тілесні ушкодження) тому, хто здійснює тяжкий або особливо тяжкий злочин у цьому житлі в залежності від конкретних обставин цього злочину». В даному випадку ми говоримо саме про вчинення з боку того, хто посягає, тяжкого або особливо тяжкого злочину у житлі, а не про суспільно небезпечне посягання з його боку, в якому немає класифікації за ступенем тяжкості та суб'єктами якого, крім загальних, можуть бути також малолітні чи психічно хворі особи. В якості обґрунтування можемо зазначити, що, по-перше, категорії «тяжке та особливо тяжке суспільно небезпечне посягання» в науці кримінального права не розроблені та, по-друге, посягання малолітніх чи психічно хворих людей в силу їх фізичної чи психічної недосконалості не можуть становити такого рів-

ня суспільної небезпеки, щоб автоматично дозволяти особі, яка захищається, заподіювати їм із використанням зброї смерть чи тяжкі тілесні ушкодження без врахування суспільної небезпеки посягання та обстановки захисту.

Наведемо приклад практичного захисту особою від тяжкого злочину у своєму житлі себе та членів своєї сім'ї, який підтверджує викладені нами аргументи: так, 8 червня 2001 р. о 20 год. до будинку, де С. мешкав із своєю сім'єю, зайшов П. у стані алкогольного сп'яніння. Коли С. запропонував йому піти проспатися, П. почав йому погрожувати, вихопив із рук С. металеву товкачку, а потім наніс С. один удар кулаком у груди, після чого схопив сокиру, але С. вибив її з рук. Продовжуючи небезпечне посягання, П. вдарив С. кулаком в обличчя і намагався продовжити побиття, але С. вирвався і, схопивши ніж зі столу, почав розмахувати ним перед П. Однак П. продовжував наступати і наносити удари С., під час яких С. завдав П. удару ножем і внаслідок проникаючого поранення грудної клітини з пораненням стінки гирла аорти П. помер. Вироком районного суду Сумської області від 5 жовтня 2001 р. с. засуджено за умисне вбивство по ч. 1 ст. 115 КК України із застосуванням ст. 69 КК України на 5 років позбавлення волі. Ухвалою Верховного Суду України дії С. були перекваліфіковані на ст. 118 КК України (умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони) і покарання йому було змінено до 2 років позбавлення волі, оскільки він, захищаючи себе і свою сім'ю від суспільно небезпечного посягання у своєму житлі, застосував таке знаряддя, яке не відповідало небезпечності посягання та обстановці захисту [144, с. 74–75]. Тобто в даному випадку суд дійшов висновку про наявність в діях П. перевищення меж необхідної оборони у зв'язку з тим, що С. ввійшов до житла П. не протиправно, із-за чого немає підстав для застосування спеціального випадку «попередження протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи», за якого можливо нанесення будь-якої шко-

ди нападнику. Ми вважаємо, що в даному випадку покарання до С. застосовано достатньо суворе, оскільки хоча П. і пройшов до житла С. з дозволу господаря, однак, почавши в ньому бійку, схопивши небезпечні предмети (товкачку, сокиру) та спробувавши здійснити суспільно небезпечне посягання у житлі С., він створив реальну загрозу не тільки життю та здоров'ю С., а і життю та здоров'ю членів його сім'ї (дружині з дітьми), які знаходилися у житлі. Цей приклад з практики показує доцільність доповнення спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України випадком «захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі», при якому необхідна оборона повинна визнаватись правомірною незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

Крім того, нам потрібно визначити саме поняття «протиправного насильницького вторгнення до житла», оскільки, як зазначають окремі автори, при цих діях не враховуються мотив і мета такого вторгнення у житло чи інше приміщення, а вони можуть бути різними. Якщо припустити, що це не має значення, тоді законодавець повинен був у ч. 5 ст. 36 КК України застосовувати формулу: «...вторгнення у житло чи інше приміщення з будь-якою метою» замість «протиправного насильницького вторгнення до житла» [189, с. 194]. В КК України існує стаття 162 «Порушення недоторканості житла», яка визначає кримінальну відповідальність за незаконне проникнення до житла або іншого володіння з метою вчинити в них огляд, обшук або незаконне виселення особи. На нашу думку, під «протиправним насильницьким вторгненням до житла» при необхідній обороні потрібно розуміти протиправне проникнення особи до житла чи іншого приміщення шляхом подолання перешкод або опору людей з метою вчинити в ньому суспільно небезпечне посягання [97, с. 116–117]. Таким чином, право на необхідну оборону під час захисту особою від суспільно небезпечного посягання у своєму житлі чи іншому приміщенні за ч. 5 ст. 36 КК України виникає: 1) з початку

здійснення тим, хто посягає, дій, направлених на протиправне насильницьке вторгнення до житла чи іншого приміщення (закріплено в КК України); 2) коли той, хто посягає, опинився у житлі зі згоди господаря і почав вчиняти в житлі тяжкий або особливо тяжкий злочин (запропоновано нами як доповнення). Відповідно, право на необхідну оборону закінчується: 1) коли особа, що посягала, припинила протиправне насильницьке вторгнення до житла або здійснення у ньому тяжкого чи особливо тяжкого злочину; 2) коли особа, що посягала, в силу свого безпомічного стану не може продовжувати протиправне насильницьке вторгнення до житла або здійснення у ньому тяжкого чи особливо тяжкого злочину. В результаті ми визначили момент початку та закінчення виникнення стану необхідної оборони при захисті особи від «протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого приміщення» та від «здійснення тяжкого злочину у її житлі».

Іншим спеціальним випадком необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України, на який потрібно звернути увагу, є «захист від нападу озброєної особи». Ми вважаємо, що в ч. 5 ст. 36 КК України його необхідно переформулювати на випадок «захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин», оскільки, по-перше, підставою необхідної оборони є не тільки суспільно небезпечне посягання, а і реальна загроза його здійснення та, по-друге, озброєна особа може здійснювати посягання із підвищеним рівнем суспільної небезпеки і не нападаючи на потерпілого (наприклад, погрожуючи застосуванням зброї, створювати реальну загрозу його життю і здоров'ю або, погрожуючи застосуванням зброї, вимагати, щоб потерпілий сів у машину з метою його викрадення). Слово «напад» значно обмежує в таких випадках ініціативу потерпілого при нанесенні тяжкої шкоди особі, що посягає. Вказана позиція підтверджується також прикладами з практики: 29 лютого 2004 р. вдень Ш. побачив, що на його подвір'я зайшов сусід Б., який почав розмахувати сокирою

перед його матір'ю і погрожувати їй розправою. Побоюючись за життя матері, він схопив дерев'яний держак від лопати, вибив ним сокиру з рук Б. і після цього ударив держаком його по голові, чим заподіяв Б. тяжкі тілесні ушкодження. Звенигородський районний суд Черкаської області вироком від 26 травня 2005 р. засудив Ш. за умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень за ч. 1 ст. 121 КК України на п'ять років позбавлення волі, оскільки Б. лише погрожував його матері сокирою, але не нападав на неї. Ухвалою Верховного Суду України дії Ш. були перекваліфіковані на ст. 124 КК України (заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони) і покарання йому було змінено до 2 років обмеження волі, оскільки Ш., сприйнявши дії озброєного сокирою Б. як реальну загрозу життю і здоров'ю матері, при цьому перевищив межі необхідної оборони. Це виразилось у тому, що після того як він держаком вибив з рук Б. сокиру, посягання останнього було відвернене, і завдання Ш. нового удару по голові Б., який призвів до тяжких тілесних ушкоджень, не було викликано необхідністю [144, с. 78–79]. В даному випадку позиція Верховного Суду України повністю збігається із нашими міркуваннями щодо можливості застосування необхідної оборони під час погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин.

При цьому в даному випадку ми кажемо саме про захист від погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, а не суспільно небезпечного посягання, суб'єктами якого можуть бути малолітні чи психічно хворі особи. В якості обґрунтування можемо вказати, що погроза вчинення суспільно небезпечного посягання з боку малолітніх чи психічно хворих людей в силу їх фізичної чи психічної недосконалості не може становити такого рівня суспільної небезпеки, щоб автоматично дозволяти особі, яка захищається, заподіювати їм із використанням зброї смерть чи тяжкі тілесні ушкодження без врахування суспільної небезпеки можливого посягання та обстановки захисту.

На підставі викладеного та з урахуванням визначених нами доповнень до спеціальних випадків необхідної оборони ми вважаємо, що ч. 5 ст. 36 КК України «Необхідна оборона» можливо викласти у наступній редакції: «Не є перевищенням меж необхідної оборони і не може мати наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає» [96, с. 534; 97, с. 117]. Відповідним чином потрібно визначити такий абзац і у п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону», а саме: «Правомірним слід вважати застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів незалежно від того, якої тяжкості шкода заподіяна тому, хто посягає, якщо воно здійснене для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає».

Також потрібно зазначити, що кримінальне законодавство деяких зарубіжних країн, таких як США та Франція, приділяє значну увагу застосуванню необхідної оборони під час захисту особою свого права власності. У французькому кримінальному законодавстві існують окремі норми, які регулюють застосування необхідної оборони при захисті власності. Так, стаття 122-5 КК Франції встановлює, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка здійснила дії по захисту власності, за виключенням умисного вбивства, та при відповідності засобів захисту тяжкості злочинного діяння [136, с. 130]. В ст. 122-6 КК Франції визначені два спеціальних

випадки правомірного захисту під час посягань щодо власності. Відповідно до цієї статті, діючим у стані правомірного захисту вважається той, хто здійснює дії, вчинені:

- п. 1 з метою відбити проникнення вночі до житла, що здійснюється шляхом злому, насильства або обману;
- п. 2 з метою захистити себе від осіб, які здійснюють крадіжку чи грабіж, поєднаний з насиллям [181, с. 109].

Значення вказаних положень КК Франції викликає дискусії серед французьких юристів. Спочатку вважалося, що в даному випадку міститься презумпція абсолютної правомірності захисту, однак в 1959 році Касаційний Суд Франції прямо вказав, що вказана законодавча презумпція не містить абсолютний та беззаперечний характер і може змінюватись під впливом доказів [158, с. 147].

В кримінальному законодавстві США захист власності при необхідній обороні регулюється ще більш детально і його кримінально-правовому регулюванню присвячені окремі параграфи та розділи. За КК штату Нью-Йорк все майно поділяється на дві категорії — рухоме та нерухоме, що передбачає різний порядок і способи його захисту. Згідно з параграфом 35.25 КК штату Нью-Йорк 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, що це необхідно для попередження або припинення вчинення іншою особою крадіжки або вчинення чи спроби вчинення іншою особою кримінально-караної шкоди майну. Параграфом 35.20 КК штату Нью-Йорк встановлюється захист особи при берглері та підпалі відносно нерухомого майна, при якому дозволяється використовувати навіть смертельну фізичну силу [79, с. 63; 113, с. 66].

Кримінальний кодекс штату Техас містить розділ «D», який складається із трьох груп кримінально-правових норм, що регулюють захист майна: норми, що регулюють захист свого майна; норми, що регулюють використання смертельної

сили для захисту майна; норми, що регулюють захист майна третіх осіб.

Відповідно до параграфу 9.41 КК штату Техас: а) особа, що законно володіє нерухомістю або рухомим майном може бути виправдана у застосуванні сили тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що застосування сили негайно необхідно для попередження або припинення порушення права володіння чи незаконного перешкоджання здійсненню права використання майном; б) особа, незаконно позбавлена нерухомості або рухомого майна, може застосовувати силу тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що така сила необхідна негайно для повернення майна, при умові, що сила застосовується негайно або через короткий час після позбавлення майна і особа розумно вважає, що інша особа не має ніякого права на це майно або інша особа при заволодінні майном використовувала силу, погрозу чи шахрайство по відношенню до власника майна [79, с. 64].

Застосування смертельної сили для захисту майна регулюється параграфом 9.42 КК штату Техас. Відповідно до цього параграфу, особа виправдано застосовує смертельну силу по відношенню до іншої особи для захисту нерухомого чи рухомого майна: 1) якщо вона могла би застосувати таку силу, як того вимагає параграф 9.41; 2) тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що це необхідно негайно: а) для попередження близького за часом здійснення підпалу, берглері, грабежу, розбою, крадіжки у нічний час; б) для затримання особи, яка щойно вчинила берглері, грабіж, розбій, крадіжку у нічний час; 3) особа розумно вважає, що нерухомість або рухоме майно неможливо захистити чи відновити іншим способом або коли використання будь-якої іншої сили, окрім смертельної, піддає того, хто захищається, або інших людей смертельній небезпеці чи небезпеці отримання тяжких тілесних ушкоджень.

Щодо захисту майна третіх осіб існує параграф 9.43 КК штату Техас, в якому вказано, що застосування сили або

смертельної сили для захисту майна третіх осіб допускається в тих самих випадках, що й при захисті особою власного майна [79, с. 64].

Вважаємо, що такий зарубіжний досвід кримінально-правового регулювання захисту власності при необхідній обороні потрібно запозичити і нам, однак з певними обмеженнями. В діючому КК України при характеристиці необхідної оборони посилання на захист власності існує лише побічно у ч. 5 ст. 36 при вказівці на відсутність перевищення меж необхідної оборони із можливістю застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів у випадку протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

З урахуванням запропонованих нами раніше доповнень до ст. 36 КК України (визначення власності у якості об'єкта захисту при необхідній обороні в частині 1 ст. 36; доповнення частини 5 ст. 36 спеціальним випадком необхідної оборони, пов'язаним із захистом особи від тяжкого злочину у своєму житлі) ми вважаємо, що захист власності при необхідній обороні доцільно описати у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону». Нормативні положення про такий захист, на нашу думку, можливо викласти у п. 2 цієї постанови наступним чином: «Потрібно розуміти, що необхідна оборона може здійснюватися особою у випадку захисту власності при відповідності її захисних дій суспільній небезпеці посягання та обстановці захисту. Суспільна небезпека 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 загально небезпечним (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 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». Таким чином, ми охарактеризували можливі законодавчі положення щодо захисту власності при необхідній обороні на рівні узагальнення судової практики, які, на нашу думку, можуть суттєво покращити механізм її кримінально-правового регулювання і допомогти уникнути деяких протиріч у правозастосовній сфері.

Крім того, потрібно також розглянути склади кримінальних злочинів, які виникають при перевищенні особою меж свого права на необхідну оборону. Кримінальний кодекс України до них відносить: умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118); умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони (ст. 124). Розглянемо їх більш докладніше.

Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони є привілейованим складом такого злочину, як умисне вбивство, і передбачає покарання у вигляді виправних робіт на строк до двох років або обмеження волі на строк до трьох років, або позбавлення волі на строк до двох років. Те ж саме стосується умисного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони, яке є привілейованим складом такого злочину, як умисне тяжке тілесне ушкодження, і передбачає покарання у вигляді громадських робіт на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або виправні роботи на строк до двох років, або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до двох років.

Кваліфікація таких злочинів здійснюється у випадку вбивства або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень тому, хто посягає, при захисті від суспільно небезпечного посягання, але з перевищенням меж необхідної оборони, тобто при явній невідповідності дій, спрямованих на заподіяння шкоди небезпечності посягання або обстановці захисту. За своїм юридичним складом ці злочини характеризуються наступними елементами: об'єктом; об'єктивною стороною; суб'єктом; суб'єктивною стороною.

Об'єктом цих злочинів є життя та здоров'я особи, що здійснює суспільно небезпечне посягання. Специфікою цих складів злочинів, що відрізняє їх від загального умисного вбивства та заподіяння тяжких тілесних ушкоджень і робить привілейованими, є особа потерпілого, якою виступає:

а) особа, яка здійснює суспільно небезпечне посягання і щодо якої винний застосовує заходи необхідної оборони;

б) особа, дії якої були помилково оцінені винним в обстановці уявної оборони як суспільно небезпечне посягання.

Об'єктивна сторона злочинів характеризується: діями у вигляді посягання на життя іншої людини чи на заподіяння тяжких ушкоджень її здоров'ю; наслідками у вигляді заподіяння їй смерті або тяжких тілесних ушкоджень; причинним зв'язком між зазначеними діями та наслідками; певною обстановкою захисту від суспільно небезпечного посягання. Якщо при перевищенні меж необхідної оборони потерпілому умисно заподіяно тяжке тілесне ушкодження, від якого настала його смерть, за відсутності умислу на позбавлення життя дії винного слід кваліфікувати за ст. 124 КК України, а саме як умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони [88, с. 304, 319–320].

Суб'єктом злочину є осудна особа, яка досягла 16-річного віку і перебуває у стані необхідної або уявної оборони від суспільно небезпечного посягання. Якщо буде встановлено, що особа не перебувала у такому стані, вчинене нею за наявності таких підстав діяння слід кваліфікувати за ст. 115 або ст. 118 КК України в залежності від наслідків.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим або непрямим умислом. При цьому свідомістю винного має охоплюватись той факт, що він діє за умов необхідної оборони. Мотивація дій винного при перевищенні меж необхідної оборони має бути головним чином обумовлена бажанням захиститися від суспільного посягання. Такий злочин вважається закінченим з моменту настання смерті потерпілого або заподіяння йому тяжкого тілесного ушкодження [88, с. 305, 320].

Наостанок щодо інституту необхідної оборони потрібно окремо зазначити про певну негативну судову практику, яка показує, що в деяких випадках захисники у кримінальних справах намагаються за допомогою перевищення меж необхідної оборони пом'якшити підсудним кримінальну відповідальність. При цьому вони прикривають перевищенням меж необхідної оборони такі злочини, як, наприклад, умисне вбивство або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вказуючи на протиправну поведінку потерпілого до підсудного. Наведемо з цього приводу приклад з практики: вироком Петровського районного суду м. Донецька від 20 червня 2006 р. засуджено М. за умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони за ст. 118 КК України на 2 роки виправних робіт, з утриманням щомісячно в дохід держави 20 % заробітку. Постановою стягнуто з М. 25 000 грн на відшкодування моральної шкоди на користь потерпілої В. [126, с. 85].

Як зазначалось в матеріалах справи, М. було засуджено за те, що він 12 серпня 2005 р. близько 18 год. 30 хв. приїхав разом із Л., О. і Н. до будинку по вул. Водолікувальній м. Донецька. Зайшовши у квартиру № 12 зазначеного будинку, де проживав К., він намагався з'ясувати у К. причини побиття тим Р. Однак К., будучи в стані алкогольного сп'яніння і тримаючи в

руках металевий прут, почав висловлюватись нецензурною лайкою та замахнувся на М. прутом. Тоді М., перебуваючи в стані необхідної оборони, наніс К. два удари рукою по голові, від яких останній впав на підлогу та випустив металевий прут. Після того М., перевищуючи межі необхідної оборони, наніс К. декілька ударів руками по голові, спричинивши закриту черепно-мозкову травму, що ускладнилася розвитком набряку головного мозку, в результаті чого К. помер на місці злочину.

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

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

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

Верховний Суд України, вивчивши матеріали справи та обговоривши доводи касаційного подання і касаційної скарги, задовольнив їх на таких підставах. На підтвердження винуватості М. у вчиненні вбивства з перевищенням меж необхідної оборони органи досудового слідства і суд послалися на докази

протиправної поведінки К. щодо Р., яка мала місце 12 серпня 2005 р. у денний час на ринку, однак цей епізод не мав значення до вчинених подій, оскільки вони відбулися через тривалий час після цього, і, крім того, як зазначив Р. у своїх показаннях, він не просив М. та інших втручатися у ситуацію та розбиратися з К. Також органи досудового слідства і суд не взяли до уваги інших доказів у справі, зокрема, відповідно до протоколу огляду місця події, що проводився 13 серпня 2005 року, обстановка у квартирі порушена не була, предмета, схожого на металевий прут, при огляді не виявлено. Допитані в суді свідки Х., Щ. і Ц., які були сусідами К., а також потерпіла В. стверджували, що предметів, схожих на прут, за місцем проживання К. ніколи не було, зокрема, й відразу після того, як група чоловіків поїхала, а сусіди виявили К. побитим [126, с. 86–87].

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

Наведені дані в сукупності свідчать про вчинення М. умисного заподіяння К. тяжких тілесних ушкоджень, від яких настала його смерть, і відсутність в діях М. ознак необхідної оборони, за допомогою якої М. намагався приховати свої зло-

чинні дії. За таких обставин, оскільки ні досудовим слідством, ні судами першої та апеляційної інстанцій не було надано належної оцінки зібраним доказам, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України касаційне подання та касаційну скаргу задовольнила, вирок Петровського районного суду м. Донецька скасувала, а справу із вказівками направила на нове розслідування [126, с. 87]. Таким чином, ми бачимо, що в даному випадку за допомогою інституту необхідної оборони підсудному намагалися пом'якшити кримінальну відповідальність, використовуючи неправильну кваліфікацію його злочинних дій.

Узагальнюючи вищезазначене, ми можемо зробити висновок, що питання, які стосуються умов правомірності та перевищення меж необхідної оборони, є досить складними, часто викликають помилки у кваліфікації та потребують певного удосконалення з точки зору законодавчої регламентації. Деякі напрямки такого удосконалення були запропоновані авторами у цьому підрозділі. Закріплення запропонованих положень у частинах 3, 5 ст. 36 КК України та у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» може бути прогресивним кроком не лише з точки зору теоретичних аспектів перевищення меж необхідної оборони, а і з точки зору надання додаткових рекомендацій для правильної кваліфікації таких діянь у судовій практиці. Також це може пом'якшити існуючу дещо однобічну обвинувальну установку слідчих та суддів щодо особи, яка захищається від суспільно небезпечного посягання у кримінальних справах, пов'язаних із перевищенням меж необхідної оборони.

2.4. Правові джерела та авторські пропозиції

Виписка із Кримінального кодексу України

Стаття 36. Необхідна оборона

1. Необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

2. Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади.

3. Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу.

4. Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту.

5. Не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

Стаття 37. Уявна оборона

1. Уявною обороною визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання.

2. Уявна оборона виключає кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення.

3. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, але при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони.

4. Якщо в обстановці, що склалася, особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність.

Запропонована авторами редакція ст.ст. 36, 37 Кримінального кодексу України

Стаття 36. Необхідна оборона

1. Необхідною обороною визнаються дії особи, вчинені з **метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб** від суспільно небезпечного посягання, **спрямовані на** заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання.

2. Кожна особа має право на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання **або реальної загрози його здійснення** незалежно від можливості його уникнути чи звернутися по допомогу до інших осіб чи органів влади.

3. Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне **вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди**, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу.

4. Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту.

5. Не є перевищенням меж необхідної оборони **і не може мати** наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу **або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин**, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, **або захисту особи від тяжкого злочину у**

своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

Стаття 37. Уявна оборона

1. Уявною обороною визнаються дії, спрямовані на заподіяння шкоди потерпілому, коли особа, неправильно оцінюючи його дії в обстановці, яка склалася, помилково припускала наявність щодо неї реального суспільно небезпечного посягання.

2. Уявна оборона виключає кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення.

3. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, але при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони.

4. Якщо в обстановці, що склалася, особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність.

ПЛЕНУМ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ
П О С Т А Н О В А

№ 1 від 26.04.2002

Про судову практику у справах про необхідну оборону

1. При розгляді справ даної категорії судам необхідно беззастережно додержувати вимог ч. 3 ст. 27 Конституції України і ст. 36 КК, враховуючи те, що відповідно до закону кожна особа має право на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання незалежно від можливості уникнути його або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади.

2. Згідно з ч. 1 ст. 36 КК необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

Слід мати на увазі, що стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподіяння шкоди. При з'ясуванні наявності такої загрози необхідно враховувати поведінку нападника, зокрема, спрямованість умислу, інтенсивність і характер його дій, що дають особі, яка захищається, підстави сприймати загрозу як реальну. Перехід використовуваних при нападі знарядь або інших предметів від нападника до особи, яка захищається, не завжди свідчить про закінчення посягання.

При розгляді справ даної категорії суди повинні з'ясовувати, чи мала особа, яка захищалася, реальну можливість ефективно відбити суспільно небезпечне посягання іншими засобами із заподіянням нападникові шкоди, необхідної і достатньої в кон-

кретній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання.

3. Суспільно небезпечне посягання на законні права, інтереси, життя і здоров'я людини, суспільні інтереси чи інтереси держави може викликати в особи, яка захищається, сильне душевне хвилювання. Якщо в такому стані вона не могла оцінювати відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту, її дії слід розцінювати як необхідну оборону.

Правомірним слід вважати застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів незалежно від того, якої тяжкості шкода заподіяна тому, хто посягає, якщо воно здійснене для захисту від нападу озброєної особи або групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення.

Якщо при необхідній обороні випадково заподіяно шкоду не причетній до нападу особі, відповідальність може настати залежно від наслідків за заподіяння шкоди через необережність.

За змістом ст. 38 КК до необхідної оборони прирівнюються дії, вчинені під час правомірного затримання та доставка відповідним органам влади особи, яка вчинила злочин.

4. Згідно з ч. 3 ст. 36 КК перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту, а згідно з ч. 2 ст. 38 КК перевищенням заходів, необхідних для затримання злочинця, — умисне заподіяння особі, що вчинила злочин, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці затримання злочинця. У зв'язку з цим кримінальна відповідальність за такі дії настає лише у випадках, спеціально передбачених статтями 118 та 124 КК.

Коли при перевищенні меж необхідної оборони чи заходів, необхідних для затримання злочинця, заподіяно тяжке тілесне ушкодження, яке спричинило смерть, дії винного за

відсутності умислу на позбавлення потерпілого життя належить кваліфікувати за ст. 124 КК.

5. Щоб установити наявність або відсутність ознак перевищення меж необхідної оборони, суди повинні враховувати не лише відповідність чи невідповідність знарядь захисту і нападу, а й характер небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, та обставини, що могли вплинути на реальне співвідношення сил, зокрема: місце і час нападу, його раптовість, неготовність до його відбиття, кількість нападників і тих, хто захищався, їхні фізичні дані (вік, стать, стан здоров'я) та інші обставини. Якщо суд визнає, що в діях особи є перевищення меж необхідної оборони, у вироку слід зазначити, в чому саме воно полягає.

6. Потрібно мати на увазі, що представники влади, працівники правоохоронних органів, члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовці не підлягають кримінальній відповідальності за шкоду, заподіяну при виконанні службових обов'язків по запобіганню суспільно небезпечним посяганням і затриманню правопорушників, якщо вони не допустили перевищення заходів, необхідних для правомірного затримання злочинця.

7. Слід відрізняти необхідну оборону від уявної, під якою розуміється заподіяння шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, але особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, помилково припускала наявність такого посягання.

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

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

8. Призначаючи покарання за дії, пов'язані з перевищенням меж необхідної оборони, судам слід суворо додержувати вимог статей 50, 65 КК.

9. Питання про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок перевищення меж необхідної оборони, має вирішуватись у відповідності з вимогами статей 440, 454 ЦК.

Враховуючи конкретні обставини справи, ступінь винності того, хто оборонявся, і того, хто нападав, суд може зменшити розмір майнового стягнення. Шкода, заподіяна в стані необхідної оборони без перевищення меж останньої, відшкодуванню не підлягає.

10. Оскільки відповідно до ст. 11 КК злочином є суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), не утворюють стану необхідної оборони дії, спрямовані на припинення правопорушення та заподіяння шкоди, яке хоча формально й містить ознаки злочину, але через малозначність не становить суспільної небезпеки.

11. Судовій палаті з кримінальних справ, Військовій судовій колегії Верховного Суду України, апеляційним судам з метою забезпечення суворого додержання законодавства, яке гарантує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань, належить періодично вивчати й узагальнювати практику розгляду судами кримінальних справ про злочини проти життя і здоров'я громадян та вживати заходів до усунення виявлених недоліків.

12. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 28 червня 1991 р. № 4 «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань».

Голова Верховного Суду України В.Ф. Бойко

Секретар Пленуму, суддя
Верховного Суду України М.П. Селіванов

Запропоновані авторами зміни до
Постанови Пленуму Верховного Суду України
№ 1 від 26.04.2002 р.
«Про судову практику у справах про необхідну оборону»

Змінити абз. 1 п. 2 наступним чином: «Згідно з ч. 1 ст. 36 КК необхідною обороною визнаються дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони».

Доповнити п. 2 абзацом 4 наступного змісту: «Не виникає стану необхідної оборони у випадку вчинення особою дій, спрямованих на провокацію щодо себе суспільно небезпечного посягання з метою використати його як привід для заподіяння шкоди тому, хто посягає».

Доповнити п. 2 абзацом 5 наступного змісту: «Необхідна оборона можлива і з використання механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують або призводять до ураження особи, що посягає. Їх встановлення повинно здійснюва-

тися із врахуванням відповідності об'єкта захисту суспільній небезпеці посягання та виключати можливість заподіяння шкоди сторонній особі. Такі механічні засоби та пристрої не повинні бути небезпечними для життя того, хто посягає, і мають виключати заподіяння йому смерті або тяжких тілесних ушкоджень, крім посягань, пов'язаних із безпосередньою та явною загрозою життю особи, що встановила чи активувала пристрій (засіб)».

Доповнити п. 2 абзацом 6 наступного змісту: «Потрібно розуміти, що необхідна оборона може здійснюватися особою у випадку захисту власності при відповідності її захисних дій суспільній небезпеці посягання та обстановці захисту. Суспільна небезпека 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 загально небезпечним (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 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».

Змінити абзац 2 п. 3 наступним чином: «Правомірним слід вважати застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів незалежно від того, якої тяжкості шкода заподіяна тому, хто посягає, якщо воно здійснене для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити

злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає».

Доповнити абзац 2 п. 3 наступним реченням: «Захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі передбачає можливість власника (володільця) житла, або іншої особи, яка знаходиться у житлі на законних підставах, заподіяти тяжку шкоду (смерть або тяжкі тілесні ушкодження) тому, хто здійснює тяжкий або особливо тяжкий злочин у цьому житлі в залежності від конкретних обставин цього злочину».

Змінити абзац 1 п. 4 наступним чином: «Згідно з ч. 3 ст. 36 КК перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту, а згідно з ч. 2 ст. 38 КК перевищенням заходів, необхідних для затримання злочинця, — умисне заподіяння особі, що вчинила злочин, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці затримання злочинця. У зв'язку з цим кримінальна відповідальність за такі дії настає лише у випадках, спеціально передбачених статтями 118 та 124 КК».

Змінити абзац 1 п. 7 наступним чином: «Слід відрізняти необхідну оборону від уявної, під якою розуміються дії, спрямовані на заподіяння шкоди потерпілому, коли особа, неправильно оцінюючи його дії в обстановці, яка склалася, помилково припускала наявність щодо неї реального суспільно небезпечного посягання».

РОЗДІЛ 3

ЗДІЙСНЕННЯ СЛУЖБОВИХ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

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

Розбудова в Україні демократичного кримінального судочинства в рамках вступу до Європейського Союзу передбачає неухильне дотримання прав і свобод особи в процесі діяльності правоохоронних органів держави [127]. В рамках цього постає питання про визначення правової природи та особливостей заподіяння шкоди в процесі запобігання, припинення та захисту від суспільно небезпечних посягань працівниками міліції, Служби безпеки України, митної служби (органу доходів і зборів) та інших державних силових органів (служб) із застосуванням ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї.

Загалом дослідженням права людини на захист від суспільно небезпечних посягань у кримінальному праві України займалися багато вітчизняних та українських вчених. Було визначено, що громадяни при захисті від суспільно небезпечного посягання реалізовують своє невід'ємне право на необхідну оборону, яке передбачено ст. 27 Конституції України. В той же час єдиної думки щодо юридичної природи реалізації права на захист від суспільно небезпечного посягання в процесі службової діяльності такими категоріями державних службовців, як працівники правоохоронних органів, військовослужбовці, вироблено не було. На сьогоднішній день в науці кримінального права існує дві основні точки зору щодо цього питання.

Прихильники першої точки зору (Н. Д. Дурманов, Ю. В. Баулін, В. Н. Козак, Н. Н. Паше-Озерський, Т. Г. Шавгулідзе) розглядають дії спеціально уповноважених осіб правоохоронних органів щодо захисту правоохоронних інтересів та заподіяння шкоди особам, що на них посягають, шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї як виконання службових обов'язків чи виконання службового боргу (іншими словами, можна назвати здійсненням службових владних повноважень). Виходячи з цього, на думку цієї групи фахівців, відповідним правом на необхідну оборону може володіти лише приватна особа [6, с. 241; 114, с. 47; 110, с. 71].

Так, Ю. В. Баулін зазначає, що в загальному плані у захисті правоохоронюваних інтересів від суспільно небезпечного посягання можуть брати участь як приватні, так і спеціально уповноважені особи (працівники правоохоронних органів, військовослужбовці та інші). Але у таких випадках відповідні дії приватних осіб повинні оцінюватися згідно з правилами необхідної оборони, а спеціальних суб'єктів — згідно з вимогами про виконання службових обов'язків [6, с. 241]. Т. Г. Шавгулідзе та В. Н. Козак, аналізуючи таку ситуацію, вказували, що у випадках, коли спеціально уповноважені особи застосовують фізичну силу, зброю проти нападників з метою захисту від посягання об'єктів, захист яких є службовим обов'язком вказаного суб'єкта, маємо не акт необхідної оборони, а виконання службового обов'язку [49, с. 131–132; 187, с. 84].

Прихильники другої точки зору (Л. М. Гусар, І. с. Тишкевич, І. В. Ткаченко, М. І. Якубович) вважають, що працівники правоохоронних органів, застосовуючи зброю та заподіюючи шкоду при припиненні суспільно небезпечних посягань на будь-які інтереси, здійснюють тим самим акт необхідної оборони. При цьому існуючі спеціальні норми законів можуть лише в тих чи інших ситуаціях конкретизувати межі необхідної оборони [147, с. 172; 149, с. 48–49]. Так, М. І. Якубович вказував, що для співробітників органів внутрішніх справ, орга-

нів державної безпеки необхідна оборона, яку вони здійснюють при захисті від суспільно небезпечних посягань, є не лише їх суб'єктивним правом, а і юридичним обов'язком, що прямо передбачено в законах, які регулюють їх діяльність [190, с. 167–169; 191, с. 68]. Згідно з чим ці фахівці вважають, що на працівників міліції та інших силових служб поширюється законодавство про необхідну оборону і їх дії повинні розглядатися з позиції відповідності вимогам ст. 36 КК України, а не інших нормативних актів [20, с. 93]. При цьому у багатьох прихильників цієї точки зору склалася думка, що у вказаних категорій спеціально уповноважених осіб держави право необхідної оборони є також певним юридичним обов'язком і може бути як дещо обмеженим, так і розширеним залежно від рівня правового регулювання спеціальними законами [134, с. 101]. У зв'язку з такою думкою в їх міркуваннях виникає певне протиріччя: якщо говорити, що для співробітників міліції та інших силових служб заподіяння шкоди при застосуванні заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї є реалізацією права на необхідну оборону, то в такому випадку необхідно визначати таких співробітників спеціальним суб'єктом необхідної оборони, що в теорії кримінального права відсутнє. Крім того, в такому випадку потрібно робити відповідні застереження в діючому кримінальному законодавстві про обмежене (розширене) право на необхідну оборону для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, а саме — у ст. 36 КК України та у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону», що також є відсутнім.

Відповідно до викладеного, на думку авторів, більш виваженою є точка зору першої групи фахівців, які вважають, що дії працівників правоохоронних органів, військовослужбовців щодо захисту від суспільно небезпечних посягань під час виконання обов'язків служби є саме виконанням службових обов'язків чи виконанням службового боргу (іншими словами,

можна назвати здійсненням службових владних повноважень), а не необхідною обороною. Підтримуючи точку зору другої групи вчених щодо характеристики захисту працівників правоохоронних органів, військовослужбовців від суспільно небезпечних посягань, як здійснення службових владних повноважень, ми можемо додатково навести наступні аргументи:

1) такі люди є спеціально уповноваженими особами силових органів (структур) держави і наділені законом владними повноваженнями, які не має приватна особа, зокрема, вони мають: право перевіряти документи; право затримувати особу; право, при наявності чітко визначених підстав, застосовувати зброю; право проводити огляд речей, які знаходяться при особі, та інші спеціальні права;

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

3) для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців здійснення спеціальних владних повноважень є юридичним синтезом (поєднанням) права і обов'язку, за невиконання або неналежне виконання яких вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі і кримінальну за ст. 367 КК України «Службова недбалість»), а не суб'єктивним правом, як для приватних осіб;

4) на відміну від приватної особи, вони практично завжди озброєні вогнепальною зброєю та спеціальними засобами і

володіють належними знаннями із їх практичного застосування, вони повинні мати і мають необхідний рівень фізичної підготовки [100, с. 211; 102, с. 33–34];

5) при здійсненні спеціальних владних повноважень та заподіянні в результаті такого здійснення шкоди правопорушнику (злочинцю) у спеціально уповноваженої особи держави, на відміну від приватної особи, виникають додаткові обов'язки, що випливають із її владних повноважень (наприклад, для працівників міліції додаткові обов'язки передбачені у Законі України «Про міліцію» та відомчих службових інструкціях і наказах), а саме: викликати слідчо-оперативну групу, надати першу медичну допомогу, доповісти про подію своєму безпосередньому начальнику, вжити заходів до охорони та огородження місця події тощо;

6) на відміну від необхідної оборони при здійсненні службових владних повноважень, закон встановлює обмеження щодо заподіяння шкоди певним категоріям осіб, а саме: малолітнім особам; жінкам з явними ознаками вагітності; інвалідам з явними ознаками інвалідності; особам похилого віку;

7) необхідна оборона не містить і не може містити для приватної особи чітко встановленої процедури заподіяння шкоди із визначенням переліку випадків по застосуванню того чи іншого заходу впливу (фізичної сили, спеціальних засобів та зброї) до особи, що посягає, та вимоги про обов'язкове попередження про застосування сили при суспільно небезпечному посяганні. Такі елементи містяться лише при захисті від суспільно небезпечних посягань спеціально уповноважених осіб держави в процесі здійснення ними своїх службових владних повноважень і не охоплюються умовами правомірності необхідної оборони;

8) існуючі кримінально-правові норми у статтях 118 та 124 КК України, що встановлюють кримінальну відповідальність за умисне вбивство чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони, у своїх санк-

ціях містять певні види покарань, які не можуть застосовуватися до всіх або окремих категорій спеціально уповноважених осіб держави (виправні роботи до працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, обмеження волі до військовослужбовців строкової служби), а також не мають необхідних альтернативних видів покарань (службові обмеження, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців), що обов'язково повинні існувати в якості відповідальності для певної категорії спеціально уповноважених осіб держави (військовослужбовців строкової служби). Це пов'язано з тим, що норми про кримінальну відповідальність за перевищення меж необхідної оборони за структурою та видами покарань побудовані для використання лише щодо приватних осіб та не можуть використовуватися при призначенні покарання для спеціально уповноважених осіб держави.

Саме тому, на нашу думку, в чинному КК України з метою удосконалення кримінально-правового регулювання захисту працівників правоохоронних органів та військовослужбовців від суспільно небезпечних посягань під час виконання ними своїх службових владних повноважень необхідно передбачити окрему обставину, що виключає злочинність діяння — «здійснення службових владних повноважень». Вказану обставину доцільно розмістити у ст. 36^1 розділу VIII КК України, одразу після ст. 36 «Необхідна оборона».

Стосовно місцезнаходження запропонованої авторами обставини, що виключає злочинність діяння, можуть виникнути й інші думки, пов'язані із наявністю певної систематизації кримінально-правових норм, що забезпечують захист прав і свобод людини і громадянина. Наприклад, П. В. Хряпінський, розглядаючи заохочувальні кримінально-правові норми як засоби захисту законних прав і свобод людини, зазначав, що обставини, які виключають злочинність діяння, у розділі VIII КК України регулюють виключно суб'єктивні права громадян, пов'язані із протидією злочинам і суспільно

небезпечним діянням [154, с. 544]. У зв'язку з цим може виникнути теза про те, що норми, які регулюють протидію злочинам та суспільно небезпечним посяганням службовими та іншими спеціально уповноваженими особами держави, повинні знаходитися у інших розділах КК України.

Однак із цією думкою не можна погодитись. По-перше, потрібно зазначити, що всі правомірні суспільно корисні вчинки в КК України можуть викладатися лише у розділі про обставини, що виключають злочинність діяння, оскільки вони не є злочинами і не можуть тягнути за собою навіть звільнення від кримінальної відповідальності. Визначення їх у будь-якому іншому розділі КК України призведе до втрати ними таких основних ознак, як суспільної корисності та правомірності. По-друге, теза про те, що в розділі VIII КК України закріплені обставини, що виключають злочинність діяння, які регулюють лише суб'єктивні права звичайних громадян (приватних осіб), є вельми спірною. Якщо розглянути перелік таких обставин, то можна побачити, що серед них, наприклад, існує така обставина, як «виконання наказу або розпорядження», яка за своєю назвою та юридичною конструкцією автоматично передбачає у якості головного суб'єкта її здійснення підлеглу службову особу. Крім того, такі обставини, що виключають злочинність діяння як «діяння, пов'язане з ризиком», «виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації», також передбачають можливість їх здійснення більшою мірою службовими особами, зокрема, такими їх категоріями, як штатні працівники оперативних підрозділів, а не лише громадянами (приватними особами). Тому, на нашу думку, розділ VIII КК України «Обставини, що виключають злочинність діяння» містить закріплені на законодавчому рівні правомірні суспільно корисні вчинки як для приватних, так і для спеціально уповноважених (службових) осіб держави, і запропонована нами ст. 36^1 «Здійснення службових владних повноважень» може знаходитись саме у цьому розділі.

Визначення цієї обставини, що виключає злочинність діяння, не є декриміналізацією захисту від суспільно небезпечних посягань спеціально уповноважених осіб держави, оскільки право на завдання ними шкоди правопорушнику при захисті від суспільно небезпечних посягань на законодавчому рівні вже передбачено спеціальними законами, що регулюють їх діяльність (статтями $12\text{-}15^1$ Закону України «Про міліцію», ст. 26 Закону України «Про Службу безпеки України», статтями 581-584 Митного кодексу України тощо). Ці спеціальні закони дозволяють при запобіганні, припиненні та захисті від суспільно небезпечних посягань з боку правопорушника застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та навіть вогнепальну зброю, визначаючи порядок і підстави для такого застосування.

Однак вони є адміністративно-правовими законами, а в кримінально-правовому значенні незрозуміло, яким чином повинна визначатись правомірною шкода, заподіяна правопорушнику в результаті застосування вказаних заходів впливу при запобіганні, припиненні та захисті від суспільно небезпечних посягань, оскільки в розділі VIII КК України відсутня кримінально-правова норма, яка змогла би визначити правомірність такої шкоди. Віднесення цих дій спеціально уповноважених осіб держави та завданої в результаті їх здійснення шкоди правопорушнику до необхідної оборони, як вже було розглянуто вище, не є доцільним, оскільки необхідна оборона регулює правомірність заподіяння шкоди приватними особами. Крім того, наведені адміністративно-правові закони не вказують на конкретний розмір шкоди, який може бути заподіяний при застосуванні того чи іншого виду сили або заходу впливу до правопорушника, а також не містять посилання на кримінальну відповідальність, яка може наставати за перевищення допустимих меж застосування заходів впливу та заподіяння шкоди.

Тому в кримінальному праві України створилась «прогалина», пов'язана з відсутністю законодавчого закріплення в

КК України механізму визнання правомірною шкоди, заподіяної спеціально уповноваженими особами держави при застосуванні до правопорушника заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. З метою усунення цієї прогалини, а також удосконалення і правового упорядкування КК України, автори пропонують доповнити розділ VIII КК України визначеною ними обставиною, що виключає злочинність діяння для спеціально уповноважених осіб державних силових органів (структур) — «здійснення службових владних повноважень».

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

Дійшовши висновку про можливість доповнення розділу VIII КК України статтею 36^1 «Здійснення службових владних повноважень», ми пропонуємо з урахуванням існуючої законодавчої конструкції норм адміністративно-правових законів, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб держави, та норм про необхідну оборону у КК України, викласти вказану статтю наступним чином:

«Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійснюваного правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність.

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

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

Примітка. Службові владні повноваження — це діяння, які здійснюються спеціально уповноваженими особами державних силових органів (структур) з метою виконання завдань і функцій, покладених законом на ці органи (структури) і в межах, передбачених спеціальними законами, що регулюють їх діяльність. До спеціально уповноважених осіб таких органів (структур) належать працівники міліції, Служби безпеки України, органу доходів і зборів, військовослужбовці та інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України» [100, с. 211; 101, с. 130].

В даному випадку ми пропонуємо охарактеризувати дії працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, пов'язані із запобіганням, припиненням та захистом від суспільно небезпечних посягань, які з кримінально-правової точки зору є кримінальними правопорушеннями (злочинами), саме як здійснення службових владних повноважень, а не як виконання службових обов'язків. Вчені, які до цього розглядали дії працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, пов'язані із захистом від суспільно небезпечних посягань, характеризували такі дії як виконання службового

обов'язку (Ю. В. Баулін, Н. Д. Дурманов, В. Н. Козак, Т. Г. Шавгулідзе [6, с. 241; 49, с. 131–132; 187, с. 84]) або як необхідну оборону, яка стає для таких осіб юридичним обов'язком (М. І. Якубович, І. В. Ткаченко, Л. М. Гусар, В. В. Самарський [190, с. 167–169; 20, с. 91; 134, с. 103]). У зв'язку з цим нам потрібно детально розглянути відмінність між поняттями «повноваження» («службові владні повноваження») та обов'язки («службові обов'язки»).

Поняття «службові обов'язки» як юридичний термін закріплено у ст. 1 Закону України «Про державну службу» від 01.01.2014 р. і визначається як «сукупність обов'язків державного службовця, визначених відповідним законом, правилами внутрішнього службового розпорядку відповідного державного органу, органу влади АРК, або їх апарату» [34]. Саме поняття «обов'язок» можна викласти як покладена державою і закріплена в правових нормах міра належної поведінки якоїсь особи [2, с. 191]. «Службові владні повноваження» як поняття характеризуються через офіційне формально визначене право наділеної владою службової особи держави (суб'єкта) нав'язувати свою волю (приймати рішення, вчиняти дії, віддавати накази тощо) іншим особам (об'єкту) для досягнення необхідних державі результатів. При нав'язуванні такої волі суб'єкт використовує надані йому державою права для виконання покладених на нього обов'язків і несе встановлену законом відповідальність за належне використання прав та виконання обов'язків. Тобто повноваження є обов'язком суб'єкта державної влади здійснити (застосувати, використати) певні права, за нездійснення (не застосування, не використання) яких настає встановлена законом відповідальність (дисциплінарна, адміністративна, кримінальна).

Якщо розглянути конкретний випадок захисту від вчинення суспільно небезпечного посягання, яке з кримінально-правової точки зору є кримінальним правопорушенням (злочином), то можна визначити, що в цьому випадку наділена

державною владою спеціально уповноважена особа має право висувати до правопорушника (злочинця) владні вимоги та виконувати владні дії, направлені на запобігання, припинення та безпосередньо захист від вчинюваного ним кримінального правопорушення (злочину). В той же час таке право виступає одночасно і службовим обов'язком цієї особи, оскільки, реалізуючи його, вона виконує відповідні задачі і функції державних силових органів (структур) — охорону і забезпечення громадського порядку, захист державного суверенітету, розслідування і розкриття кримінальних правопорушень тощо. Таким чином, ми бачимо, що у випадку захисту працівником правоохоронного органу, військовослужбовцем від суспільно небезпечного посягання, який в силу специфіки їх службової діяльності включає не лише захисні дії, а й дії, пов'язані із припиненням посягання, можливим попереднім або подальшим запобіганням, доцільно говорити саме про «здійснення службових владних повноважень», а не про «виконання службових обов'язків». «Службові владні повноваження» є тою категорією, яка об'єднує у собі елементи службових прав і обов'язків спеціально уповноважених осіб держави, що використовуються ними при запобіганні, припиненні та захисті від суспільно небезпечних посягань. Крім того, на рівні відповідних законів існує відповідальність для спеціально уповноважених осіб держави за неналежне виконання службових прав і обов'язків, пов'язана із необхідністю держави забезпечити на високому рівні виконання своїх природних завдань і функцій. Така відповідальність у відповідних статтях КК України та КУпАП звучить саме із використанням терміну «службові повноваження», а саме — як «перевищення влади або службових повноважень» (ст. 365 КК України), «незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових повноважень» (ст. 172^8 КУпАП), «перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень» (ст. 424 КК України), а не з використанням терміну «службові обов'язки».

Також нам потрібно розглянути питання про інші можливі назви для здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння. Наприклад, в теорії адміністративного права застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї може за назвою характеризуватися як «застосування спеціальних заходів адміністративного примусу», «застосування заходів адміністративного припинення спеціального призначення», «застосування заходів спеціального призначення». Проаналізуємо таке питання більш докладніше.

Найбільш узагальненою серед викладених нами можливих назв є назва «застосування спеціальних заходів адміністративного примусу». Загалом в теорії адміністративного права заходи адміністративного примусу поділяються на три види (групи): адміністративно-запобіжні заходи; заходи адміністративного припинення; заходи адміністративної відповідальності. Заходи адміністративного припинення — це способи і можливості впливу на правопорушника, які не відвертають, а безпосередньо припиняють протиправні діяння, що вчиняються правопорушником. Заходи адміністративного припинення застосовуються з метою: припинення протиправної поведінки (переважно адміністративних проступків, рідше злочинів); усунення їх шкідливих наслідків; створення умов для можливого подальшого притягнення винних до відповідальності [67, с. 384].

Існують різні класифікації заходів адміністративного припинення, серед яких можна виділити дві основних. За класифікацією першої групи науковців такі заходи поділяють на: а) заходи адміністративного припинення загального призначення (вимога припинити протиправну поведінку, зупинка транспортного засобу, заборона або зупинка певних робіт або експлуатації певних об'єктів тощо); б) заходи адміністративного припинення спеціального призначення (застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів, вогнепальної зброї) [2,

с. 422–423]. За другою, більш розширеною класифікацією іншої групи науковців заходи адміністративного припинення поділяються більш широко на: а) вимоги припинити протиправну поведінку; б) вимоги усунення негативних наслідків протиправної поведінки; в) застосування заходів спеціального призначення (заходів фізичного впливу, спеціальних засобів, вогнепальної зброї); г) привід; ґ) затримання осіб; д) зупинка транспортних засобів; е) заборона чи зупинення певних робіт або експлуатації різних об'єктів тощо [67, с. 384–385].

Таким чином, ми бачимо, що застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї детально конкретизується в теорії адміністративного права через назви «застосування заходів адміністративного припинення спеціального призначення» та «застосування заходів спеціального призначення» як різновидів заходів адміністративного примусу. Однак з кримінально-правової точки зору такі назви не є досконалими, у зв'язку з наступним:

– по-перше, це стосується самої законодавчої конструкції їх назви, яка може передбачати відповідне тлумачення. Фраза «застосування заходів адміністративного припинення спеціального призначення» містить прикметник «адміністративного», що автоматично прив'язує застосовані заходи впливу в основному до припинення адміністративних правопорушень, а не кримінальних, що при захисті від суспільно небезпечних посягань, які з кримінально-правової точки зору є кримінальними правопорушеннями (злочинами), неприпустимо. Фраза «застосування заходів спеціального призначення» може тлумачитися досить розширено і включати в себе не лише застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів (перелік яких чітко встановлений постановою Кабінету Міністрів України) та вогнепальної зброї, а й, наприклад, застосування технічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи тощо. Таке розширене тлумачення засобів, які можуть використовуватися в якості заходів впли-

ву проти суспільно небезпечного посягання, також є неприпустимим;

– по-друге, такі назви напряму не прив'язують нас до специфіки діяльності спеціально уповноважених осіб держави, в процесі здійснення якої і виникає запобігання, припинення та захист від суспільно небезпечних посягань, у зв'язку з чим незрозумілим буде викладення такої діяльності як обставини, що виключає злочинність діяння, відмінної від необхідної оборони.

Таким чином, ми можемо зробити висновок, що викладені нами назви мають гіпотетичне право на існування, однак вони не будуть в повній мірі характеризувати і уособлювати у якості окремої обставини, що виключає злочинність діяння, запобігання, припинення та захист працівників правоохоронних органів, військовослужбовців від суспільно небезпечних посягань в процесі їх службової діяльності. Тому, на нашу думку, найбільш досконалою назвою для такої обставини, що виключає злочинність діяння, є саме запропоноване нами словосполучення «здійснення службових владних повноважень».

Розглянемо можливість існування такої або подібних до неї обставин, що виключають злочинність діяння у кримінальному законодавстві зарубіжних країн. В кримінальному законодавстві США за Примірним КК існує така обставина захисту від звинувачення, як «застосування насильства при виконанні закону» (ст. 3.07), яка в КК штату Нью-Йорк більш детально розкривається як «виправдане застосування фізичної сили публічною (державною) посадовою особою при розумному виконанні нею своїх офіційних повноважень, обов'язків чи функцій» (п. 1 параграфу 35.05 статті 35). Кримінальний кодекс Австралії в якості однієї з обставин, що виключають кримінальну відповідальність, визначає «законне повноваження, тобто здійснення дій, які заподіюють шкоду, якщо вони обґрунтовані і виконані відповідно до норм права» (підрозділ 10.5) [112, с. 79; 113, с. 61].

За Кримінальним кодексом Швейцарії «не є злочином чи проступком діяння, передбачене законом або службовим чи професійним обов'язком, або таке діяння, яке закон оголошує дозволеним чи некараним» (ст. 32). Згідно із цією статтею правомірними діяннями є дії судового пристава, що виконує судові рішення, дії поліції щодо попередження і припинення незаконних дій громадян та інших осіб тощо [136, с. 132]. Стаття 2 Глави 24 КК Швеції однією із загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності називає «запобігання втечі ув'язненого або підтримання порядку» [68, с. 604]. Положення про «виконання свого обов'язку, законне здійснення свого права, а також професійних чи посадових обов'язків» містяться і в кримінальному законодавстві Іспанії (ч. 7 ст. 21 КК) та виступають підставою для звільнення від кримінальної відповідальності [112, с. 83].

У кримінальному праві Японії групою обставин, що передбачають некараність діяння (правомірними діями) є діяння, здійснені на підставі законодавства або здійснені в рамках правомірної діяльності (ст. 35 КК) [181, с. 119]. Вони не підпадають під склад злочину, оскільки у них відсутня ознака протиправності. Автори із семінару Васеда виділяють наступні різновиди діянь, здійснених на підставі законодавства: діяння в порядку виконання службових обов'язків; діяння на підставі прав; інші діяння, засновані на окремих нормах законодавства [162, с. 473]. Таким чином, ми бачимо, що в кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн положення про здійснення службових обов'язків або службових повноважень висуваються самостійно чи разом із іншими обставинами (виконанням професійних обов'язків, діяннями, здійсненими на підставі закону) у рамках окремої обставини, що виключає злочинність діяння.

Потрібно також зазначити, що запропонована нами ст. 36^1 «Здійснення службових владних повноважень» як сукупність кримінально-правових норм за характером впливу на спеціаль-

но уповноважену особу держави є заохочувальною, тобто такою, яка схвалює встановлений у ній варіант поведінки (визнає правомірним діянням) і надає за його дотримання відповідне заохочення (виключає кримінальну відповідальність). За характером розпоряджень, що містяться у ній, вона є дозвільною (різновид регулятивних норм), тобто такою, що надає можливість суб'єктам (працівникам правоохоронних органів, військовослужбовцям) здійснювати певні дії (заподіювати правопорушнику шкоду) наділяючи їх відповідними правами або правомочністю (правом застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю). За іншими критеріями для класифікації кримінально-правових норм ця стаття є: за призначенням у механізмі правового регулювання — матеріальною (відображає зміст правомірної суспільно корисної поведінки, пов'язаної із здійсненням службових владних повноважень); за методом правового регулювання — диспозитивною (норми, у яких держава визначає варіант і міру належної правомірної поведінки, і дозволяє суб'єкту здійснення службових владних повноважень самостійно визначити необхідний об'єм прав і заходів впливу, що потрібно застосувати до правопорушника); за мірою визначеності — відносно-визначеною і більшою мірою ситуаційною (надає можливість вчиняти дії, пов'язані із заподіянням певного розміру шкоди в результаті застосування відповідного заходу впливу в залежності від конкретної ситуації, в якій відбувається суспільно небезпечне посягання та його особливостей); за терміном дії — постійною; за територією — діючою на всій території України. Загалом, на підставі розглянутої характеристики за різними критеріями норм (статті) про здійснення службових владних повноважень, можна відзначити, що інших, подібних до розроблених авторами спеціалізованих заохочувальних та одночасно дозвільних норм для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців про заподіяння шкоди шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї у кримінальному законодавстві України не встановлено.

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

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

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

3) адміністративно-технічні заходи (при здійсненні яких можна визначити наступні обов'язки: забороняти експлуатацію транспортних засобів, технічний стан яких не відповідає

встановленим вимогам; відсторонювати від керування транспортним засобом осіб, по відношенню до яких є всі підстави вважати, що вони перебувають у стані алкогольного сп'яніння; обмежувати або забороняти проведення ремонтно-будівельних та інших робіт на вулицях та дорогах, якщо не дотримуються вимоги щодо забезпечення громадської безпеки) [39, с. 101; 115, с. 68].

Визначивши здійснення службових владних повноважень як обставину, що виключає злочинність діяння, ми можемо виділити наступні ознаки такої обставини:

1) за формою здійснення вона є свідомим вольовим вчинком у вигляді активних дій спеціально уповноваженої особи держави. Тобто це мають бути завжди активні дії спеціально уповноваженої особи, пов'язані із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї до правопорушника, і здійснення службових владних повноважень не може відбуватися шляхом бездіяльності;

2) соціальна корисність — її метою є захист спеціально уповноваженої особи держави або інших осіб від суспільно небезпечного посягання, а також запобігання і припинення суспільно небезпечних посягань, тобто соціально корисні цілі;

3) обґрунтованість — підставою для її застосування є лише вчинення правопорушником суспільно небезпечного посягання або реальна загроза його здійснення;

4) спрямованість на заподіяння вимушеної шкоди — вона спрямована на заподіяння лише правопорушнику вимушеної шкоди. Заподіяння вимушеної шкоди означає, що ця шкода необхідна для забезпечення виконання покладених на спеціально уповноважену особу держави обов'язків і без її завдання обійтися в даній ситуації неможливо. Шкоду при здійсненні службових владних повноважень, як і у випадку необхідної оборони, доцільно поділяти на тяжку та нетяжку. Тяжка шкода пов'язана із заподіянням правопорушнику смерті або тяжких тілесних ушкоджень, а нетяжка — із заподіянням легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень;

5) правомірність — її застосування повинно здійснюватися у межах, що необхідні і достатні для негайного відвернення чи припинення суспільно небезпечного посягання, а заподіяна правопорушнику в результаті шкода має зводитись до мінімуму і не перевищувати міри, необхідної для здійснення службових владних повноважень. Ця ознака більшою мірою характеризує дотримання меж застосування сили при здійсненні службових владних повноважень, тобто відповідність застосованої сили тим положенням (умовам), які закріплені у запропонованій автором ст. 36^1 КК України та у нормах спеціальних законів, що регулюють службову діяльність спеціально уповноважених осіб держави;

6) некараність — кримінальний кодекс при її правомірному здійсненні повинен виключати кримінальну відповідальність.

Тепер розглянемо перелік спеціальних (адміністративно-правових) законів, до яких повинна відноситись запропонована автором кримінально-правова норма у статті 36^1 розділу VIII КК України «Здійснення службових владних повноважень». До таких спеціальних законів, що регулюють службові владні повноваження спеціально уповноважених осіб держави та порядок застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, відносяться:

1) Закон України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. — для працівників органів внутрішніх справ. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються статтями $12\text{-}15^1$ цього Закону;

2) Закон України «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р. — для працівників органів Служби безпеки України. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються ст. 26 цього Закону;

3) Закони України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України», «Про Статут внутрішньої

служби Збройних Сил України» від 24 березня 1999 р., а також «Про Збройні Сили України» від 06 грудня 1991 р. — для військовослужбовців Збройних Сил України. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються пунктами 56, 60, 61, 195–202 Статуту гарнізонної та вартової служби, пунктами 20–25 Статуту внутрішньої служби, а також ст. 1^1 Закону України «Про Збройні Сили України»;

4) Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. — для посадових осіб митної служби (органів доходів і зборів). Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються Главою 82 (статтями 581–584) цього Кодексу;

5) міжнародні документи, які ратифіковані Україною:

а) Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку — для будь-яких посадових осіб, які підтримують правопорядок. Порядок застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та зброї регулюється ст. 3 цього Кодексу [47];

б) Мінімальні стандартні правила поводження із в'язнями — для персоналу установ ув'язнення. Основні принципи застосування ними заходів вгамування, в тому числі фізичної сили і спеціальних засобів, вказуються у п. 33 цих правил [78];

в) Основні принципи застосування сили та вогнепальної зброї посадовими особами з підтримання правопорядку — для будь-яких посадових осіб, які підтримують правопорядок. Випадки і підстави застосування ними сили та вогнепальної зброї, а також обов'язки, які виникають при її застосуванні, регулюються пунктами 5, 6, 9, 10, 16 цих принципів [111];

6) Закон України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р. — у сфері забезпечення захисту працівників суду і правоохоронних органів. Підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються п. а) ст. 3 цього Закону;

7) Закон України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» від 26 березня 1992 р. — для військовослужбовців внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї згідно зі ст. 10 цього Закону регулюються Законом України «Про міліцію» та військовими статутами Збройних Сил України;

8) Податковий кодекс України від 2 грудня 2012 р. — для працівників податкової міліції. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї згідно із ст. 351 цього Кодексу визначаються ст.ст. 12-15^1 Закону України «Про міліцію» [117];

9) Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 17 лютого 1992 р. — у сфері проведення оперативно-розшукової діяльності. Порядок і підстави застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї в процесі оперативно-розшукової діяльності регулюються п. 19 ст. 8 цього Закону;

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

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

12) Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. — для адміністрації та працівників місця попере-

днього ув'язнення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються ст. 18 цього Закону [36];

13) Кримінально-виконавчий кодекс України — для персоналу виправних колоній. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї регулюються ст. 106 цього Кодексу [59];

14) Закон України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» від 04 березня 1998 р. — для військовослужбовців Управління державної охорони України. Порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї згідно із п. 7 ст. 18 цього Закону регулюються Законом України «Про міліцію» та військовими статутами Збройних Сил України [35].

Крім вказаних нами вище спеціальних законів, окремі аспекти здійснення службових владних повноважень, пов'язаних із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, визначаються також низкою підзаконних нормативних актів (інструкцій, постанов, наказів), які видаються центральними органами виконавчої влади відповідно до норм спеціальних законів. До таких підзаконних нормативно-правових актів, наприклад, відносяться: «Інструкція про порядок постійного зберігання і носіння табельної вогнепальної зброї, боєприпасів і спеціальних засобів працівниками міліції», затверджена наказом МВС України від 25.01.1995 р.; Постанова Кабінету Міністрів України № 1953 від 25.12.2002 р. «Про деякі питання застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї посадовими особами митної служби»; «Примірне положення про відділення по боротьбі з контрабандою та порушенням митних правил регіональної митниці», затверджене наказом ДМСУ від 04.09.2003 р. тощо [128, с. 24–25]. Такі підзаконні акти більш детально регулюють окремі питання діяльності спеціально

уповноважених осіб держави, зокрема, порядок носіння, зберігання та застосування ними спеціальних засобів та зброї, структуру та особливості їх службової діяльності у відповідній сфері тощо. Деякі із цих підзаконних актів можуть регулювати застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї окремими категоріями спеціальних суб'єктів. Наприклад, для працівників Державної служби охорони права по застосуванню заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї закріплені у підпункті 6 пункту 19 Положення про Державну службу охорони при Міністерстві внутрішніх справ, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України № 615 від 10.08.1993 р. [119].

Проаналізувавши зміст наведених нами спеціальних законів, зокрема, ті завдання, які вони покладають на спеціально уповноважених осіб держави, ми вважаємо, що можливо виділити певний перелік службових владних повноважень, в процесі здійснення яких може відбуватися заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. Як вже зазначалося вище, такі владні повноваження посадових осіб мають на меті охороняти громадян, суспільство, державу від правопорушень і злочинів, застосовуючи для цього широке коло наявних прав та обов'язків, засобів профілактики та припинення [39, с. 101]. Приблизний перелік таких службових владних повноважень, з урахуванням спеціальних законів, можна сформувати наступним чином:

1) попередження, виявлення та припинення кримінальних правопорушень, затримання осіб, які їх вчинили;

2) розслідування і розкриття кримінальних правопорушень, розшук осіб, що їх вчинили [164, с. 3];

3) забезпечення особистої безпеки громадян, захист їх прав, свобод і законних інтересів;

4) охорона і забезпечення громадського порядку;

5) забезпечення безпеки дорожнього руху;

6) захист власності від злочинних посягань;

7) виконання кримінальних покарань і адміністративних стягнень [29, с. 2];

8) захист і оборона державного суверенітету, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу України, законних інтересів держави та прав громадян від розвідувально-підривної діяльності іноземних спецслужб, посягань з боку окремих організацій, груп та осіб;

9) забезпечення охорони державної таємниці [30, с. 141];

10) забезпечення безпеки та інтересів держави на державному та митному кордоні;

11) контроль за дотриманням правил переміщення через державний та митний кордон [80, с. 83; 26, с. 4];

12) охорона і оборона важливих військових об'єктів, бойових прапорів та осіб, яких тримають на гауптвахті або в дисциплінарному батальйоні;

13) забезпечення військової дисципліни та правопорядку серед військовослужбовців [141, с. 224].

Здійснюючи ці службові владні повноваження, працівники правоохоронних органів, військовослужбовці мають право наносити шкоду правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї у встановлених законом випадках, що є правомірним суспільно корисним вчинком, а не злочином [103, с. 140].

Розглянемо приклад здійснення службових владних повноважень з практики: 1 травня 2010 року у ювелірному магазині «Золоте руно», що знаходився в м. Кривий Ріг Дніпропетровської області, в 9:40 ранку спрацювала сигналізація. Через чотири хвилини на місце пригоди прибули співробітники Державної служби охорони, які побачили розбиті вітрини магазину і зв'язаного продавця. В цей час з магазину намагалися вийти двоє невідомих осіб Р. і Т. Побачивши співробітників міліції, вони спробували втекти. Під час спроби їх затримання, Р. і Т. почали чинити фізичний опір міліціонерам,

під час якого Р. спробував вихопити табельну зброю у працівника міліції. Після попереджувального пострілу угору, який не зупинив Р., міліціонер застосував зброю на ураження і поранив пострілом Р. в груди, від якого останній через декілька годин помер. Другому грабіжнику Т. вдалося втекти з місця події. Пакет із зібраними золотими виробами зловмисникам винести із ювелірного магазину так і не вдалося. За результатами проведеного службового розслідування застосування зброї міліціонером Державної служби охорони проти Р. було визнано правомірним [15].

В даному випадку міліціонери Державної служби охорони виконували свої службові владні повноваження по охороні ювелірного магазину від злочинних посягань, які передбачені ст. 2 Закону України «Про міліцію». Під час здійснення своїх службових владних повноважень міліціонер піддався суспільно небезпечному посяганню з боку Р., який вчиняв фізичний опір при затриманні і намагався заволодіти його зброєю, та правомірно застосував зброю відповідно до ст.ст. 15, 15^1 Закону України «Про міліцію».

Дослідивши основні аспекти здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння, ми можемо тепер порівняти її з іншою обставиною — необхідною обороною. Здійснення службових владних повноважень відрізняється від необхідної оборони за наступними критеріями:

1) за суб'єктом:

– суб'єктом необхідної оборони є приватна особа (громадянин України, громадянин іноземної держави, особа без громадянства);

– суб'єктом здійснення службових владних повноважень є спеціально уповноважена особа держави — працівник міліції, Служби безпеки України, митної служби (органу доходів і зборів), Державної прикордонної служби, військовослужбовець та інші категорії таких спеціальних осіб;

2) за об'єктом:

– об'єктом при необхідній обороні виступає життя і здоров'я, права і свободи, власність особи, що посягає;

– об'єктом при здійсненні службових владних повноважень виступає життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, інші права і свободи, власність правопорушника — особи, яка вчиняє або намагається вчинити суспільно небезпечне посягання, яке з кримінально-правової точки зору є кримінальним правопорушенням;

3) за метою:

– проміжною метою необхідної оборони є заподіяння особі, що посягає, співрозмірної шкоди для попередження або припинення її суспільно небезпечного посягання, а кінцевою — захист життя і здоров'я, прав і свобод, власності особи, що захищається, або іншої особи;

– проміжною метою здійснення службових владних повноважень є заподіяння правопорушнику вимушеної співрозмірної шкоди для запобігання, припинення та захисту від його суспільно небезпечного посягання або від протиправної діяльності правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання, а кінцевою, крім захисту в першу чергу державних і суспільних інтересів, а також життя і здоров'я, прав і свобод, власності спеціально уповноваженої особи або інших людей, ще й затримання і доставка правопорушника до відповідного правоохоронного органу;

4) за обстановкою здійснення:

– необхідна оборона відбувається у повсякденному житті приватної особи і, як правило, виникає несподівано;

– здійснення службових владних повноважень відбувається у процесі використання спеціально уповноваженою особою держави своїх спеціальних владних прав по відношенню до правопорушника та виконання обов'язків по службі, під час яких вона готова до відповідних критичних ситуацій;

5) за правовими наслідками:

– необхідна оборона є правом приватної особи, яке вона може як реалізувати (використати), так і відмовитись від його використання;

– здійснення службових владних повноважень є юридичним синтезом права і обов'язку спеціально уповноваженої особи держави, який вона зобов'язана реалізувати (виконати) і за невиконання або неналежне виконання якого вона несе встановлену законом відповідальність, в тому числі і кримінальну за ст. 367 КК України «Службова недбалість»;

6) за правовим регулюванням:

– правове регулювання необхідної оборони здійснюється ст. 36 КК України;

– правове регулювання здійснення службових владних повноважень, крім запропонованої автором ст. 36^1 КК України, здійснюється значною кількістю спеціальних адміністративно-правових законів, що регулюють службову діяльність різних категорій спеціально уповноважених осіб держави;

7) за умовами правомірності та процедурою дій, пов'язаних із заподіянням шкоди:

– необхідна оборона містить загальні умови правомірності, які можна охопити узагальненою фразою про відповідність вчинених захисних дій, пов'язаних із заподіянням шкоди особі, що посягає суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту. Процедура вчинення захисних дій, пов'язаних із заподіянням шкоди особі, що посягає, та застосуванням того чи іншого засобу захисту при необхідній обороні для приватної особи законом не прописана;

– здійснення службових владних повноважень, крім загальних умов правомірності, містить певні їх додаткові особливості: заподіяна правопорушнику шкода повинна бути «вимушеною» та «мінімально допустимою»; встановлюються додаткові обов'язки при заподіянні шкоди, пов'язані із обов'язковим наданням першої медичної допомоги правопорушнику. При здійсненні службових владних повноважень

існує певна процедура вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику (попередження про застосування сили, попереджувальний постріл із вогнепальної зброї угору, демонстративне приведення зброї у бойову готовність тощо), та у спеціальних законах вказується чіткий перелік випадків для застосування того чи іншого засобу впливу.

Виділяючи здійснення службових владних повноважень як обставину, що виключає злочинність діяння, ми можемо проаналізувати її юридичний склад на прикладі аналізу юридичних складів інших правомірних (суспільно корисних) вчинків, що виключають злочинність діяння. Аналіз здійснення службових владних повноважень ми будемо проводити за системним підходом [72, с. 34], шляхом дослідження всіх ознак, що відносяться до фактора, який обумовлює таке діяння, та процесу заподіяння шкоди [7, с. 79] за наступними елементами:

I. Правовою та фактичною підставою.

II. Суб'єктом.

III. Об'єктом.

IV. Об'єктивною стороною.

V. Суб'єктивною стороною.

I. Правовою підставою здійснення службових владних повноважень є вчинення правопорушником суспільно небезпечного посягання або протиправна діяльність правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання. Потрібно спеціально зазначити, що, на відміну від необхідної оборони, правова підстава здійснення службових владних повноважень повинна включати таку складову частину, як «протиправна діяльність правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання». Це пов'язано із тим, що на практиці під час здійснення спеціально уповноваженою особою держави службових владних повноважень, направлених на припинення правопорушень (зупинка автомобіля п'яного водія, припинення дрібної карманної крадіжки, дрібного хулі-

ганства), вона досить часто стикається із протидією правопорушником здійсненню таких повноважень, яка із пасивної протидії (відмова виконати законні вимоги, затягування часу розмовами з метою уникнути відповідальності), поступово може перерости в активну (ненасильницький опір, втеча) і в подальшому у суспільно небезпечну (використання наявної при собі холодної або вогнепальної зброї для опору спеціально уповноваженій особі держави; напад на спеціально уповноважену особу держави з метою втекти з місця події, приховати правопорушення або злочин, уникнути відповідальності тощо). В той момент, який на практиці може складати декілька секунд, коли протидія правопорушника здійсненню службових владних повноважень переростає у суспільно небезпечну, тобто переростає у суспільно небезпечне посягання, і виникає необхідність заподіяння йому вимушеної шкоди шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї.

Відповідно до норм спеціальних законів, а саме статей 13-15[1] Закону України «Про міліцію», статей 582-584 Митного кодексу України, пунктів 60, 195, 196, 202 Закону України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України», п. 22 Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» до суспільно небезпечних посягань, які складають правову підставу для заподіяння шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, зокрема, відносяться наступні діяння:

1) протидія законним вимогам спеціально уповноваженої особи держави, яка здійснюється із застосуванням сили щодо спеціально уповноваженої особи або щодо інших осіб (населення);

2) фізичний та збройний опір спеціально уповноваженій особі держави при виконанні нею своїх службових владних повноважень, а також іншим особам, які виконують службові або громадські обов'язки по охороні громадського порядку і

боротьбі із злочинністю. Під опором розуміється саме активна фізична протидія, пов'язана із застосуванням насильства;

3) фізичний та збройний, в тому числі і груповий, напад на спеціально уповноважену особу держави або на інших осіб (населення), а також інші подібні дії (суспільно небезпечні посягання), що створюють небезпеку їх життю та здоров'ю;

4) напад на охоронювані об'єкти (будівлі, приміщення, споруди), конвої, транспортні засоби та інші спеціальні об'єкти, що охороняються спеціально уповноваженою особою держави незалежно від їх відомчої належності;

5) захоплення і утримання заручників, а також захоплення приміщень та об'єктів власності державних і громадських підприємств, установ та організацій;

6) погроза озброєної особи застосуванням зброї та інших предметів, які загрожують життю та здоров'ю спеціально уповноваженої особи держави або інших осіб (населення);

7) масові безпорядки і заворушення, групові порушення громадського порядку та інші подібні дії, що посягають на громадський спокій, життєдіяльність і здоров'я людей;

8) втеча з-під варти або з місць попереднього ув'язнення чи відбування покарання;

9) створення загрози транспортним засобом життю чи здоров'ю населення або спеціально уповноважених осіб [29, с. 16–18; 80, с. 207–208; 141, с. 10, 228, 264–265; 36; 59].

Таким чином, суспільно небезпечне посягання при здійсненні службових владних повноважень може вчинюватися правопорушником не лише у формі нападу на спеціально уповноважених осіб держави або інших осіб (населення), а також і у формі інших кримінально-правових дій (фізичному або збройному опорі спеціально уповноваженій особі держави, протидії законним вимогам спеціально уповноваженої особи, створенні загрози транспортним засобом її життю і здоров'ю або життю і здоров'ю населення тощо). Суб'єктом такого суспільно небезпечного посягання при цьому буде виступати

правопорушник — особа, яка порушує встановлені у законі правові норми, в т. ч. шляхом вчинення суспільно небезпечного посягання, і в процесі запобігання чи припинення її протиправної діяльності, затримання чи доставки її до правоохоронного органу, тримання її під вартою здійснює або продовжує здійснювати суспільно небезпечне посягання, що з кримінально-правової точки зору є кримінальним правопорушенням (злочином). Правопорушником може бути будь-який громадянин, іноземець, особа без громадянства. Однак, в той же час закон встановлює деякі обмеження щодо заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень до певних категорій осіб-правопорушників, відносно яких заборонено або обмежено право на застосування сили. До таких категорій осіб-правопорушників відносяться:

1) жінки з явними ознаками вагітності;

2) малолітні;

3) інваліди з явними ознаками інвалідності;

4) особи похилого віку.

Відносно цих категорій осіб силу може бути застосовано лише у випадках вчинення ними групового (дві й більше особи) чи збройного нападу або групового чи збройного опору спеціально уповноваженій особі держави відповідно до абз. 3 ст. 12 Закону України «Про міліцію», абз. 2 ст. 583, абз. 3 ст. 584 Митного кодексу України, абз. 3 ст. 106 Кримінально-виконавчого кодексу України, абз. 6 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення» [29, с. 16; 80, с. 207–208; 36; 59]. Встановлення таких обмежень щодо застосування сили до зазначених категорій осіб пов'язане з їх обмеженими фізичними можливостями щодо здійснення суспільно небезпечного посягання і, зокрема, щодо опору або нападу на спеціально уповноважених осіб держави або інших осіб. В законодавстві відсутні критерії та ознаки, за допомогою яких звичайну людину можливо візуально віднести до вказаних категорій осіб. Можна зазначити, що поняття «особа похилого віку» не

можна ототожнювати з поняттям «пенсіонер», оскільки для деяких категорій працівників зі шкідливими умовами праці (шахтарі, робітники хімічної промисловості, сталевари тощо) призначення пенсії відбувається значно раніше пенсійного віку. Тому до осіб похилого віку необхідно відносити тих людей, яких спеціально уповноважена особа держави сприймає як фізично неспроможних внаслідок вікових змін створювати небезпеку для життя та здоров'я населення. Жінок з явними ознаками вагітності необхідно розглядати такими, якщо вони візуально можуть бути визнані вагітними на день вчинення правопорушення. До малолітніх осіб, відповідно до Кримінального кодексу України, необхідно відносити осіб, які не досягли 14 років, що на практиці потрібно візуально визначати за допомогою їх антропометричних даних. Поняття «інвалід», «особа з явними ознаками інвалідності» є також оціночними категоріями, оскільки, як відомо, при відсутності одного ока у людини вона, безумовно, вважається за чинним законодавством інвалідом. Але це зовсім не означає того, що відносно такої людини не може бути застосовано силу з боку спеціально уповноваженої особи держави при вчиненні нею суспільно небезпечного посягання. Під явними ознаками інвалідності для незастосування до особи заходів впливу потрібно розуміти такі каліцтва чи вроджені вади, з огляду на які вона не може фізично створити небезпеку життю чи здоров'ю спеціально уповноваженої особи держави або інших людей. Таким чином, можна зазначити, що вказані автором категорії осіб-правопорушників, відносно яких заборонено або обмежено право на застосування сили, є «оціночними», і в кожному конкретному випадку при здійсненні службових владних повноважень вони повинні визначатись спеціально уповноваженими особами держави візуально в залежності від їх фізичних чи біологічних даних.

Об'єктом суспільно небезпечного посягання при здійсненні службових владних повноважень, тобто тими суспільними

відносинами (цінностями), на які спрямовуватиметься посягання правопорушника, будуть виступати в першу чергу державні і суспільні інтереси, а також життя і здоров'я, права і свободи, власність спеціально уповноваженої особи держави або інших людей. На відміну від необхідної оборони, при якій посягання зазвичай направлене на життя і здоров'я, права і свободи, власність приватних осіб, у випадку здійснення службових владних повноважень посягання направлене в першу чергу на державні інтереси, оскільки фізичний або збройний опір працівнику правоохоронного органу вже автоматично утворює злочин проти авторитету органів державної влади, передбачений ст. 342 КК України. Крім державних або суспільних інтересів суспільно небезпечне посягання спрямовується також найчастіше на такі об'єкти, як життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи держави, що тягне за собою кримінальну відповідальність для правопорушника за ст. 345 КК України. При цьому склад вказаних авторами вище об'єктів, на які спрямовується суспільно небезпечне посягання при здійсненні службових владних повноважень, у процесі його вчинення може постійно змінюватись в залежності від ситуації.

Розглянемо об'єкти, на які найчастіше спрямовується суспільно небезпечне посягання при здійсненні службових владних повноважень на прикладі з практики: 6 травня 2010 року о 18:00 під час несення служби з нагляду за дорожнім рухом інспектори ДАІ у місті Кам'янець-Подільському, на проспекті Грушевського помітили автомобіль «ВАЗ-2109», характер руху якого вказував на те, що водій міг перебувати в стані алкогольного або наркотичного сп'яніння (без наявних перешкод здійснював безпідставні маневри з виїздом на смугу зустрічного руху, в той час як дана ділянка автошляху налічувала три смуги руху в одному напрямку). Один з інспекторів за допомогою жезла подав сигнал водію про зупинку. Однак водій проігнорував вимогу працівників ДАІ і, збільшивши швидкість, продовжив рух в напрямку центра міста. Інспекто-

ри почали переслідувати правопорушника. В ході переслідування водій автомобіля «ВАЗ» неодноразово ігнорував законні вимоги працівників ДАІ щодо зупинки транспортного засобу, а коли його транспортний засіб було заблоковано двома автомобілями ДАІ на автозаправній станції, він, продовживши рух, пошкодив службовий автомобіль ДАІ та поранив інспектора ДПС, якого було госпіталізовано до лікарні з тілесними ушкодженнями. В ході подальшого переслідування працівники ДАІ, застосувавши вогнепальну зброю, наздогнали автомобіль, зупинили його і затримали водія та пасажира в одному із сіл Дунаєвецького району Хмельницької області. Під час огляду салону автомобіля під водійським сидінням було виявлено та вилучено ніж та дерев'яну биту. Згідно з висновком протоколу медичного обстеження водій та пасажир «ВАЗ-2109» перебували у стані алкогольного сп'яніння. Прокуратурою Дунаєвецького району стосовно водія автомобіля було порушено кримінальну справу за ознаками злочину, передбаченого ч. 2 ст. 345 КК України «Умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу тілесних ушкоджень у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків» [89]. Таким чином, в даному випадку протиправні дії водія автомобіля у формі адміністративного правопорушення спочатку спрямовувалися на такі об'єкти, як безпека дорожнього руху і громадський порядок, а вже в процесі їх вчинення переросли у суспільно небезпечне посягання, яке спрямовувалося на інший об'єкт — життя і здоров'я працівника міліції, який здійснював свої службові владні повноваження щодо припинення правопорушень і злочинів.

Фактичною підставою здійснення службових владних повноважень є необхідність у негайному вчиненні спеціально уповноваженою особою держави дій, спрямованих на заподіяння шкоди правопорушнику з метою запобігання, припинення чи захисту від його суспільно небезпечного посягання. При цьому необхідність у негайному вчиненні спеціально уповно-

важеною особою держави дій, пов'язаних із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї має місце там і тоді, де і коли невжиття таких заходів по запобіганню та припиненню посягання загрожує спричиненням явної і непоправної шкоди правоохоронюваним інтересам держави і суспільства, а також життю і здоров'ю, правам і свободам, власності спеціально уповноваженої особи держави або інших людей.

II. Перейдемо до розгляду питання про суб'єкт здійснення службових владних повноважень як елемент юридичного складу цієї обставини, що виключає злочинність діяння. Потрібно зазначити, що ним може бути лише спеціально уповноважена особа відповідних державних силових органів (структур), яка характеризується особливим правовим статусом. Цей правовий статус полягає у тому, що така особа наділена державно-владними повноваженнями, пов'язаними із виявленням, розкриттям, запобіганням і припиненням різних категорій суспільно небезпечних посягань (злочинів, кримінальних правопорушень). В процесі здійснення вказаних державно-владних повноважень вона, в силу службової необхідності, вимушена здійснювати дії, пов'язані із заподіянням шкоди правопорушнику, що є правомірним, суспільно корисним вчинком, хоча зовні і підпадає під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом. Належність спеціально уповноваженої особи до відповідних державних силових органів (структур) означає, що вона є працівником (співробітником) відповідного підрозділу правоохоронного органу, військовослужбовцем і передбачає наявність у неї законного права на володіння, зберігання та носіння із собою спеціальних засобів і вогнепальної зброї. На це потрібно звернути увагу, оскільки спеціальні владні повноваження, пов'язані із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї можуть виконувати працівники (співробітники) не всіх державних органів, а лише силових (правоохоронних),

тобто таких, на яких закон у їх нормативній характеристиці покладає завдання, пов'язані із захистом, охороною та забезпеченням безпеки відповідних державних інтересів або суспільних відносин від кримінальних правопорушень (протиправних посягань). Наприклад, згідно із ст. 1 Закону України «Про міліцію» міліція в Україні — це державний озброєний орган виконавчої влади, який захищає життя, здоров'я, права і свободи громадян, власність, природне середовище, інтереси суспільства і держави від протиправних посягань [29, с. 1]. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Збройні Сили України» Збройні Сили України — це військове формування, на яке відповідно до Конституції України покладаються оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності. За ст. 1 Закону України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України призначені для охорони та оборони важливих державних об'єктів, перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України, а також для участі в охороні громадського порядку та боротьбі із злочинністю [32, с. 951]. Стаття 1 Закону України «Про Службу безпеки України» встановлює, що Служба безпеки України — державний правоохоронний орган спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України [30, с. 140]. Тобто ми бачимо, що при законодавчій характеристиці поняття кожного правоохоронного органу законодавець вказує на його обов'язок захищати, охороняти і забезпечувати безпеку певного виду державних інтересів або суспільних відносин від кримінальних правопорушень (протиправних посягань).

Проаналізувавши наведений у цьому підрозділі перелік адміністративних законів, що регулюють службові владні повноваження різних категорій спеціально уповноважених осіб держави, ми можемо виділити наступні основні категорії суб'єктів здійснення службових владних повноважень:

– працівники міліції;

– працівники Служби безпеки України;

– військовослужбовці;

– працівники митної служби (органу доходів і зборів);

– інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України.

Категорія «інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу», пов'язана з існуванням при різних державних органах окремих структур (служб), працівники яких мають право на володіння, зберігання та носіння із собою спеціальних засобів та вогнепальної зброї і за певних службових ситуацій можуть застосовувати ці заходи впливу до правопорушників. До таких працівників відносяться:

– особовий склад Державної фельд'єгерської служби України при Державному комітеті зв'язку та інформатизації України. Вони мають право застосовувати заходи впливу відповідно до статей 13-15[1] Закону України «Про міліцію», про що вказано у примітці до цих статей;

– військовослужбовці внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України. Відповідно до ст. 10 Закону України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» вони мають право використовувати і застосовувати зброю та спеціальні засоби на підставах і в порядку, передбачених Законом України «Про міліцію», військовими статутами Збройних Сил України та іншими актами законодавства України [32, с. 953];

– військовослужбовці та працівники Державної прикордонної служби України. Відповідно до ст. 21 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» військовослужбовці, а також працівники Державної прикордонної служби України, які відповідно до їх службових повноважень можуть залучатися до оперативно-службової діяльності, під час виконання завдань з охорони державного кордону та суверенних прав України, мають право в порядку і у випадках,

передбачених Законом України «Про міліцію», військовими статутами Збройних Сил України та іншими нормативно-правовими актами, застосовувати фізичну силу, використовувати службових собак, а також зберігати, носити спеціальні засоби і зброю, використовувати і застосовувати їх самостійно або у складі підрозділів [33, с. 665];

– військовослужбовці Управління державної охорони України. Відповідно до п. 7 ст. 18 Закону України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» вони мають право під час здійснення державної охорони зберігати, носити і застосовувати вогнепальну зброю та спеціальні засоби на підставах і в порядку, передбачених Законом України «Про міліцію», військовими статутами Збройних Сил України та прийнятими відповідно до цих законів нормативними актами [35];

– працівники (адміністрація) місць попереднього ув'язнення та персонал виправних колоній. Стаття 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення» та стаття 106 Кримінально-виконавчого кодексу України містить порядок і підстави застосування ними заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, які за своєю законодавчою конструкцією аналогічні підставам і порядку застосування заходів впливу працівниками міліції, що містяться в Законі України «Про міліцію». Крім того, ч. 6 ст. 106 Кримінально-виконавчого кодексу України містить посилання про можливість застосування відповідних заходів впливу і в інших, не встановлених у цій статті випадках, передбачених Законами України «Про міліцію» і «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» [36; 59];

– працівники Державної служби охорони. Відповідно до підпункту 6 пункту 19 «Положення про Державну службу охорони при Міністерстві внутрішніх справ», затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України № 615 від 10.08.1993 р. працівники Державної служби охорони під час виконання

службових обов'язків мають право застосовувати до правопорушників заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю на підставі Закону України «Про міліцію» та інших законодавчих актів [119];

– члени громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону», члени громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону під час спільного з працівниками органів внутрішніх справ, прикордонниками виконання покладених на них завдань з охорони громадського порядку і державного кордону мають право застосувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби індивідуального захисту та самооборони [31, с. 803–804]. Законодавчий порядок і підстави застосування ними таких заходів впливу за своїм змістом аналогічний порядку і підставам, що містяться в правових нормах Закону України «Про міліцію».

Таким чином, ми можемо зробити висновок, що перелік суб'єктів, які мають право застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю при здійсненні службових владних повноважень, є досить широким. При цьому в науці кримінального та адміністративного права існують думки про необхідність його розширення, наприклад, в теперішній час за рахунок такої категорії суб'єктів, як працівники недержавних охоронних підприємств [64, с. 77; 65, с. 12; 66, с. 108].

Також потрібно звернути увагу на зміст кожної із викладених категорій суб'єктів здійснення службових владних повноважень. Наприклад, якщо розглядати категорію працівників митної служби (органу доходів і зборів), то можливо зазначити, що в ст.ст. 581–583 Митного кодексу України вказано на право таких посадових осіб застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю. Однак зрозуміло, що не всі суб'єкти із цієї категорії мають право на

застосування таких заходів впливу і, зокрема, вогнепальної зброї, оскільки таке право залежить виключно від характеру діяльності відповідного структурного підрозділу митної служби (органу доходів і зборів). Про це частково зазначається і в ст. 584 Митного кодексу України щодо зберігання, носіння та застосування вогнепальної зброї, де вказано, що право на цей захід впливу надається лише окремим категоріям посадових осіб органу митної служби (органу доходів і зборів), перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Постановою Кабінету Міністрів України № 1953 від 25.12.2002 р. «Про деякі питання застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї посадовими особами митної служби» визначається вичерпний Перелік посадових осіб митної служби (органу доходів і зборів), яким надається право зберігати, носити та застосовувати вогнепальну зброю. До таких осіб відносяться:

– керівник та заступники керівника Держмитслужби;

– керівник, заступники керівника та працівники підрозділів спеціалізованого митного органу, до компетенції яких належать питання організації боротьби з контрабандою і порушеннями митних правил;

– керівники митних органів, їх заступники — керівники підрозділів, до компетенції яких належать питання боротьби з контрабандою і порушеннями митних правил, а також працівники зазначених підрозділів;

– керівники митних організацій, спеціалізованих навчальних закладів митної служби, науково-дослідної установи митної служби;

– посадові особи оперативно-чергових служб митних органів, організацій, спеціалізованих навчальних закладів митної служби, науково-дослідної установи митної служби [120].

В той же час потрібно зазначити, що у складі будь-якого правоохоронного органу, в тому числі і органу митної служби

(органу доходів і зборів), існують підрозділи, які виконують різні за своїм значенням задачі і функції. Наприклад, стосовно органів митної служби В.В. Прокопенко зазначає, що відповідно до п. 4.11 Примірного положення про відділ по боротьбі із контрабандою та порушенням митних правил структурними підрозділами такого відділу за відповідними напрямками роботи можуть бути наступні сектори: аналітичний; оперативний; боротьби з незаконним переміщенням наркотиків (до складу якого може входити підгрупа кінологів); дізнання і боротьби з контрабандою та порушенням митних правил (до складу якого можуть входити сектор міжнародного співробітництва щодо розслідування митних правопорушень та сектор дізнання). У зв'язку з цим, на його погляд, надавати право на носіння, зберігання та застосування зброї всім співробітникам такого відділу по боротьбі із контрабандою та порушенням митних правил немає необхідності [128, с. 24–25].

Ми підтримуємо його точку зору про відсутність необхідності надавати всім працівникам митних органів права на носіння, зберігання та застосування зброї і більш узагальнено можемо розглянути це питання. Так, Закони України «Про міліцію», «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України», «Про Службу безпеки України», «Про Державну прикордонну службу України» не містять обмежень щодо встановлення переліку осіб, які мають право носити та застосовувати вогнепальну зброю і надають таке право всім співробітникам, які відносяться до категорій «працівники міліції», «працівники Служби безпеки України», «військовослужбовці та працівники внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України», «військовослужбовці та працівники Державної прикордонної служби України» тощо. Однак зрозуміло, що органи внутрішніх справ України, органи Служби безпеки України, органи Державної прикордонної служби України мають аналогічну до органів митної служби структуру поділу їх підрозділів на різні відділи (аналітичний, інформаційний,

кадровий, дотримання секретності тощо), працівники не кожного з яких мають необхідність носити і застосовувати вогнепальну зброю, оскільки здійснюють похідну діяльність (документообіг, аналітику, кадрове забезпечення) і при виконанні покладених на них обов'язків не зустрічаються із необхідністю запобігання, припинення чи захисту від суспільно небезпечних посягань. Тому, на нашу думку, доцільно на рівні нормативних підзаконних актів визначити перелік співробітників для кожного правоохоронного органу, які матимуть право на носіння, зберігання і застосування крайнього заходу — вогнепальної зброї і доповнити текст законів, що регулюють діяльність такого органу, вказівкою про те, що право на такий захід впливу надається лише окремим категоріям посадових осіб, перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Якщо розглянути це питання безпосередньо в рамках визначення суб'єкта здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння, то можна зазначити, що в загальному плані будь-який працівник правоохоронного органу має право застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю з метою запобігання, припинення чи захисту від суспільно небезпечних посягань (злочинів), якщо він зіткнувся із такими посяганнями (злочинами) у звичайному житті і представився працівником (співробітником) правоохоронного органу. Однак на практиці (саме у службовій діяльності) таке право реалізовують лише працівники (співробітники) тих структурних підрозділів таких правоохоронних органів (структур), діяльність яких напряму пов'язана із виконанням основних завдань цих органів (охороною громадського порядку, виявленням та розкриттям кримінальних правопорушень, захистом державного суверенітету та територіальної цілісності держави, розшуком та переслідуванням злочинців тощо), в процесі здійснення якої і виникають суспільно небезпечні посягання (злочини, кримінальні правопорушення).

III. Розглянемо об'єкт здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння. Об'єктом здійснення службових владних повноважень є правопорушник, його життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, інші права і свободи, власність, відносно яких спеціально уповноважена особа держави вчиняє дії, спрямовані на заподіяння шкоди з метою запобігання, припинення або захисту від суспільно небезпечного посягання. Коли правопорушників, які посягають, декілька, то спеціально уповноважена особа може заподіяти шкоду як одному з тих, хто посягає, так і кожному з них.

Шкода при здійсненні службових владних повноважень повинна заподіюватися виключно правопорушнику, його життю і здоров'ю, і не повинна поширюватись на інших людей. Відповідно до Закону України «Про міліцію» забороняється використовувати і застосовувати вогнепальну зброю при значному скупченні людей, якщо від цього можуть постраждати сторонні особи [76, с. 203]. Аналогічні приписи містяться й у ч. 4 ст. 584 Митного кодексу України, ч. 2 п. 61 Статуту гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України, ч. 3 п. 21 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України. Також об'єктом здійснення службових владних повноважень може бути власність правопорушника, наприклад, тварина, яку власник нацькував на спеціально уповноважену особу держави або транспортний засіб, за кермом якого водій-правопорушник своїми діями створює загрозу життю та здоров'ю людей або спеціально уповноважених осіб. Розглянемо об'єкти здійснення службових владних повноважень на прикладах з практики: 2 травня 2010 року на автошляху Стрий — Кіровоград — Знам'янка у Вінницькій області екіпаж співробітників ДПС міста Немирів помітив на автошляху автомобіль «Тойота Превіа», рух якого викликав підозру. Автомобіль, який був без номерних знаків, рухався на великій швидкості, пересікаючи зустрічну смугу, чим створював

загрозу життю і здоров'ю інших учасників дорожнього руху. Вимогу співробітників міліції зупинитись водій проігнорував і, ще більше збільшивши швидкість, намагався втекти від них. Переслідуючи невідомого втікача, правоохоронцям довелося перекрити рух транспорту на автошляху вантажним автомобілем поблизу міста Гайсин. Побачивши блокування траси, водій звернув на польову дорогу. Під час переслідування по бездоріжжю інспекторам ДПС довелося після попередження застосувати вогнепальну зброю. Під час застосування зброї декілька куль пошкодили автомобіль, а дві кулі влучили в заднє колесо, що і змусило автомобіль зупинитись. Водій-правопорушник, який своїми діями створював небезпеку для інших учасників дорожнього руху, виявився у нетверезому стані, а в його автомобілі знайшли значну кількість спиртних напоїв та бейсбольну биту. Застосування зброї працівниками міліції під час зупинки автомобіля правопорушника було визнано за результатами проведеної службової перевірки правомірним [84]. В даному випадку застосування зброї інспектором ДПС було спрямовано на заподіяння шкоди власності правопорушника — його автомобілю.

26 вересня 2010 року до чергової частини Лубенського райвідділу міліції м. Полтави у вечірній час надійшло повідомлення від жінки. Вона розповіла правоохоронцям про те, що її рідну сестру та двох малолітніх дітей б'є чоловік. Відразу ж на виклик виїхали працівники міліції. По приїзду вони встановили, що М., перебуваючи у нетверезому стані, наніс тілесні ушкодження своїй дружині та вигнав її з двома неповнолітніми дітьми з дому. Коли міліціонери біля службового автомобіля опитували потерпілу поблизу її подвір'я, М. раптом відчинив хвіртку з двору і нацькував на співробітників міліції собаку бійцівської породи алабай. Собака накинулась на одного із міліціонерів і завдала йому тілесні ушкодження у вигляді рваних ран на руці та нозі. Правоохоронці були вимушені застосувати табельну вогнепальну зброю відповідно до

ст. 15 Закону України «Про міліцію» і в результаті застосування зброї знешкодили собаку. Стосовно М. Лубенською прокуратурою було порушено кримінальну справу за ст. 345 КК України про умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу тілесних ушкоджень. За результатами проведеної службової перевірки застосування зброї працівниками міліції по знешкодженню бійцівської собаки було визнано правомірним [85]. В даному випадку застосування зброї працівником міліції було спрямовано на знешкодження тварини, яка була власністю правопорушника.

IV. Об'єктивна сторона як елемент юридичного складу здійснення службових владних повноважень характеризується вчиненням спеціально уповноваженою особою держави дій, спрямованих на заподіяння шкоди правопорушнику з метою запобігання, припинення або захисту від суспільно небезпечного посягання. Таким чином, з об'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень як обставина, що виключає злочинність діяння, характеризується:

1) здійсненням спеціально уповноваженою особою держави дій, які підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом;

2) заподіянням правопорушнику шкоди в певних межах;

3) причинним зв'язком між діями спеціально уповноваженої особи та заподіянням правопорушнику шкоди.

Першим елементом об'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень є дії спеціально уповноваженої особи держави, які передбачають її активну поведінку, направлену на реалізацію державно-владних повноважень по відношенню до правопорушника. Тобто здійснення службових владних повноважень є завжди активними діями спеціально уповноваженої особи або декількох осіб, які спрямовуються на запобігання, припинення або захист від суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника, що виникає в процесі реалізації щодо нього державно-владних повнова-

жень. Такими діями можуть бути: а) застосування заходів фізичного впливу, в т. ч. прийомів рукопашного бою; б) застосування спеціальних засобів (наручників, гумових кийків, засобів зв'язування, сльозоточивих речовин, світлозвукових пристроїв відволікаючої дії тощо); в) застосування вогнепальної зброї. Більш детально ці дії спеціально уповноважених осіб держави будуть розглянуті у цьому підрозділі при характеристиці способів вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень. Вчинені спеціально уповноваженою особою дії повинні підпадати під ознаки певного протиправного діяння, передбаченого Кримінальним кодексом, наприклад, нанесення побоїв, різної тяжкості тілесних ушкоджень правопорушнику, вбивства правопорушника, знищення або пошкодження його майна.

У зв'язку з тим, що вищевказані дії, пов'язані із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, здійснюються спеціально уповноваженими особами держави при реалізації державно-владних повноважень по відношенню до правопорушника, на відміну від необхідної оборони, процес їх здійснення передбачає певні особливості:

1) вчиненню дій, пов'язаних із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, повинно передувати попередження до правопорушника про намір їх застосування, якщо це дозволяють обставини конкретного суспільно небезпечного посягання. Наприклад, при застосуванні вогнепальної зброї таке попередження може бути здійснено голосом, а саме — фразою про її застосування, оголенням зброї або демонстративним приведенням її у бойову готовність. Без такого попередження заходи фізичного впливу, спеціальні засоби і вогнепальна зброя можуть застосовуватися, лише якщо виникла безпосередня загроза життю або здоров'ю людей чи спеціально уповноважених осіб;

2) вчинені дії повинні бути вимушеними, тобто такими, без вчинення яких неможливо виконати покладені на спеціально уповноважену особу держави обов'язки і реалізувати завдання та функції відповідного державного правоохоронного органу (структури);

3) вчинені дії не повинні перевищувати міри, необхідної для виконання покладених на спеціально уповноважену особу службових обов'язків. Це означає, що вищевказані заходи впливу до правопорушника повинні використовуватись поступово і в залежності від суспільної небезпеки посягання. Тобто якщо, наприклад, правопорушник вчиняє хуліганство, до нього повинні застосовуватись спочатку заходи фізичного впливу, а вже потім у разі їх недостатності і переростання хуліганства у більш тяжкий злочин — спеціальні засоби і вогнепальна зброя. При цьому вогнепальна зброя є крайнім заходом і може застосовуватись лише у передбачених спеціальним законом випадках;

4) при вчиненні дій, пов'язаних із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї повинна оцінюватись особа правопорушника та оточуюча обстановка, оскільки, як вже зазначалося у цьому підрозділі, забороняється вчиняти такі дії до певних категорій правопорушників (жінок з явними ознаками вагітності, осіб похилого віку або з вираженими ознаками інвалідності та малолітніх) та за певної негативної оточуючої обстановки (забороняється застосовувати вогнепальну зброю у місцях значного скупчення людей, світло-шумові засоби ближче 2 м від людини, водомети при температурі атмосферного повітря нижче 0 °С);

5) після вчинення дій, пов'язаних із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, за можливості одразу виконується затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення, та доставка її до відповідного правоохоронного органу.

Другим елементом об'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень є заподіяння правопорушнику шкоди в певних межах. Поняття такої шкоди безпосередньо пов'язано з об'єктом здійснення службових владних повноважень, яким, як зазначалося, є правопорушник, його життя і здоров'я, особиста свобода і недоторканість, інші права і свободи, а також право власності. Відповідно, шкода, яка заподіюється правопорушнику в певних межах, може проявлятися у обмеженні або позбавленні його свободи, нанесенні йому ударів, різної тяжкості тілесних ушкоджень, позбавленні його життя, знищенні або пошкодженні його майна. У випадку заподіяння шкоди спеціально уповноважені особи держави забезпечують надання необхідної першої медичної допомоги потерпілим у найкоротший строк.

При цьому також потрібно зазначити, що в спеціальних законах, зокрема в ч. 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію», існує певна вимога до розміру заподіяння шкоди правопорушнику, яка полягає у тому, що застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї має зводити до мінімуму можливість завдання шкоди здоров'ю правопорушника [29, с. 16]. Аналогічні положення містяться у ч. 3 ст. 583, ч. 5 ст. 584 Митного кодексу України, ч. 3 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення», ч. 4 ст. 106 Кримінально-виконавчого кодексу України. На нашу думку, така існуюча у законодавстві України концепція «заподіяння мінімально допустимої шкоди» правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень є не досить вдалою. Про це також зазначається і в матеріалах практики, зокрема Е. Р. Шафіковим, де на прикладі службової діяльності працівників міліції вказується, що положення про нанесення мінімальної шкоди здоров'ю правопорушника незалежно від тяжкості суспільно небезпечного посягання, передбачене ч. 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію», досить часто призводить до невиправданих втрат та шкоди здоров'ю працівників міліції [188, с. 196]. Так,

за дослідженими Е. Р. Шафіковим статистичними даними МВС України, в період за чотири роки при виконанні службових обов'язків було поранено 328 та загинуло 63 працівники міліції [188, с. 197]. Як показує практика, в цих випадках при застосуванні вогнепальної зброї для відбиття нападу і затримання злочинців, працівники міліції діяли на спричинення правопорушникам мінімальної шкоди відповідно до ст. 12 Закону України «Про міліцію».

Наведемо з цього приводу приклади з практики: 27 листопада 2002 р. громадянин Р., який підозрювався у підпалі продовольчого магазину приватного підприємця, при спробі його затримання вчинив напад на міліціонера-кінолога Кам'янець-Подільського міськвідділу УМВСУ в Хмельницькій області П., наніс йому удар по обличчю, схопив за шию. Маючи значну перевагу у зрості і масі тіла, він намагався повалити працівника міліції на землю і заволодіти зброєю. Відчувши, що задихається і втрачає свідомість, П. вистрілив із пістолета в ногу нападаючого, проте злочинець продовжував наносити удари по голові співробітника і душити його. З метою припинення небезпечного для життя і здоров'я посягання, П. ще двічі вистрелив по ногах злочинця, після чого останній намагався втекти, але через кілька кроків впав і був затриманий. Працівник міліції отримав закриту черепно-мозкову травму, струс мозку та інші тілесні ушкодження. Р. за вчинення злочину був притягнутий до кримінальної відповідальності. За результатами проведеного службового розслідування застосування зброї міліціонером-кінологом було визнано правомірним [188, с. 195]. В даному випадку застосування міліціонером-кінологом П. зброї із дотриманням положень, пов'язаних із заподіянням мінімальної шкоди здоров'ю правопорушника Р., призвели до отримання П. невиправданих тілесних ушкоджень.

1 серпня 2003 р., близько 5 год., на вулиці біля бару «Совок» у м. Хмельницькому група осіб вчинила бійку. Міліціонер ППСМ Хмельницького міськвідділу внутрішніх справ

Д., який ніс службу по охороні громадського порядку, із застосуванням спецзасобів вжив заходів до її припинення. Однак після цього четверо із учасників бійки зайшли в бар і напали на працівника міліції, наносячи йому удари руками і ногами у різні частини тіла. В результаті нападу Д. отримав черепно-мозкову травму й інші множинні тілесні ушкодження. Захищаючись, він зробив із пістолета «ПМ» три попереджувальних постріли. Рикошетом кулі один із нападаючих — Г. отримав вогнепальне поранення пальця руки. Не звертаючи уваги на попереджувальні постріли, злочинці повалили працівника міліції на підлогу, заволоділи його зброєю і радіостанцією, після чого намагалися зникнути з місця події. Незважаючи на отримані тілесні ушкодження, Д. зумів особисто затримати пораненого ним Г. В результаті оперативного переслідування були затримані й інші співучасники злочину. За результатами проведеного службового розслідування застосування зброї міліціонером ППСМ було визнано правомірним [188, с. 195]. В даному випадку застосування міліціонером ППСМ Д. зброї із дотриманням положень, пов'язаних із заподіянням мінімальної шкоди здоров'ю правопорушників, а саме — три попереджувальні постріли угору, призвели до втрати ним контролю над ситуацією і як наслідок — до заподіяння йому множинних тілесних ушкоджень і захоплення його зброї правопорушниками. Таким чином, в даних прикладах з практики ми бачимо, що намагання міліціонерів завдати мінімальну шкоду здоров'ю правопорушників призвели до невиправданої шкоди їх здоров'ю і поставили під загрозу належне виконання покладених на них службових владних повноважень.

Саме тому, на нашу думку, у запропонованих нами нормах статті 36^1 КК України «Здійснення службових владних повноважень» необхідно передбачити у частині 2 випадки правомірності заподіяння тяжкої шкоди правопорушнику, при яких можливе заподіяння йому будь-якого розміру шкоди

на розсуд спеціально уповноваженої особи держави. До таких випадків необхідно віднести запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєний напад чи опір та груповий напад на спеціально уповноважену особу, за яких заподіяння спеціально уповноваженою особою держави будь-якої шкоди правопорушнику повинно визнаватися у кримінальному законі правомірним діянням. У зв'язку з цим ми вважаємо, що необхідно доповнити такими випадками правомірності заподіяння тяжкої шкоди правопорушнику і ч. 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію» та викласти її наступним чином: «У разі неможливості уникнути застосування сили вона не повинна перевищувати міри, необхідної для виконання покладених на міліцію обов'язків і має зводити до мінімуму можливості завдання шкоди здоров'ю правопорушників, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору та групового нападу на працівника міліції». Аналогічні доповнення можливі і у ч. 3 ст. 583, ч. 5 ст. 584 Митного кодексу України, ч. 3 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення», ч. 4 ст. 106 Кримінально-виконавчого кодексу України.

Також потрібно звернути увагу на існуючу у ч. 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію» фразу — «у разі неможливості уникнути застосування сили вона не повинна перевищувати міри, необхідної для виконання покладених на міліцію обов'язків...». Деякі вчені, наприклад В. В. Самарський, вважають, що такими положеннями обмежується право спеціально уповноваженої особи держави, зокрема, працівника міліції, на захист від суспільно небезпечних посягань у зв'язку з існуючою у ч. 2 ст. 36 КК України фразою «кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання...» [134, с. 106]. Однак із цією думкою погодитись не можна. В ч. 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію» вказується не «про можливість уникнути

суспільно небезпечного посягання», а «про можливість уникнути застосування сили», що є різними за своїм змістом словосполученнями. Можливість уникнути суспільно небезпечного посягання передбачає можливість втечі від нього або відгородження від його здійснення (наприклад, закриття дверей перед особою з ножем). Можливість уникнути застосування сили характеризується тим, що при існуючому суспільно небезпечному посяганні, спеціально уповноважена особа держави не повинна втікати або відгороджуватися від нього, якщо є така можливість, але при застосуванні сили до правопорушника (заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї) повинна за можливості її уникнути, якщо є варіант зупинити суспільно небезпечне посягання ненасильницькими засобами (наприклад, застосуванням заходів психологічного впливу: представленням співробітником відповідного правоохоронного органу, висуненням словесних вимог до правопорушника про припинення протиправної діяльності, нагадуванням про існуючу в законі відповідальність за протиправну діяльність тощо). Якщо такі ненасильницькі засоби не дали результату і не зупинили суспільно небезпечне посягання, або якщо суспільно небезпечне посягання із самого початку містить безпосередню загрозу для життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи держави або інших людей, вона не повинна уникати можливості застосування сили і застосовує відповідні заходи впливу до правопорушника, що передбачено у ч. 2 ст. 12 Закону України «Про міліцію». Аналогічним чином це питання визначається і для ч. 3 ст. 583, ч. 5 ст. 584 Митного кодексу України, пунктів 56, 195 Закону України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України», ч. 3 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення», ч. 4 ст. 106 Кримінально-виконавчого кодексу України тощо.

Викладені нами міркування повністю збігаються із теоретичними дослідженнями Ю. В. Бауліна, який, розглядаючи на

теоретичному рівні мету обставини, що виключає злочинність діяння, зазначав, що її специфіка полягає у досягненні суспільно корисної цілі лише шляхом спричинення певної шкоди об'єктам кримінально-правової охорони. При цьому в одних випадках (здійснення службових владних повноважень чи виконання службового боргу) такий засіб є єдино можливим (тобто відсутня «можливість уникнути застосування сили»), а в інших (при необхідній обороні) суб'єкт обирає його за своїм розсудом [6, с. 173–174].

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

V. Суб'єктивна сторона як елемент юридичного складу здійснення службових владних повноважень полягає у психічному ставленні спеціально уповноваженої особи держави до протиправних дій правопорушника. Така суб'єктивна сторона може розглядатися з точки зору інтелектуального та вольового моментів, оскільки здійснення службових владних повноважень, як і необхідна оборона, є правомірним суспільно корисним вчинком та здійснюється на підставі свідомої оцінки спеціально уповноваженою особою держави навколишнього середовища і прийняття нею свідомого вольового рішення. Це виключає можливість існування у суб'єктивній стороні здійснення службових владних повноважень такої категорії, як умисел.

Інтелектуальний момент при здійсненні службових владних повноважень полягає у тому, що спеціально уповноважена особа держави усвідомлює і розуміє: 1) що з боку правопорушника відбувається суспільно небезпечне посягання або протиправні дії правопорушника переросли (переростають) у суспільно небезпечне посягання; 2) що це посягання загрожує державним і суспільним інтересам, життю і здоров'ю, правам і свободам, власності спеціально уповноваженої особи або інших людей; 3) для його запобігання або припинення потрібне негайне вчинення дій, пов'язаних із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних заходів та вогнепальної зброї і направлених на заподіяння правопорушнику шкоди; 4) застосовані нею заходи впливу в даній обстановці будуть направлені саме на правопорушника і не спричинять шкоду іншим людям; 5) застосовані до правопорушника заходи впливу будуть необхідними і достатніми для здійснення службових владних повноважень, подальшого затримання правопорушника після застосування заходів впливу і доставки його до відповідного правоохоронного органу. Відповідно до цього спеціально уповноважена особа, яка знаходиться у стані здійснення службових владних повноважень, повинна передбачити: 1) що її дії будуть направлені на запобігання, припинення або захист від суспільно небезпечного посягання або протиправної діяльності правопорушника, яка переросла (переростає) у суспільно небезпечне посягання; 2) що її дії заподіюють шкоду саме правопорушнику, який здійснює суспільно небезпечне посягання чи протиправна діяльність якого переросла (переростає) у суспільно небезпечне посягання; 3) що наслідком її дій може бути заподіяння саме такої шкоди, яка необхідна для негайного запобігання чи припинення посягання.

Вольовий момент при здійсненні службових владних повноважень полягає у бажанні спеціально уповноваженої особи держави заподіяти шкоду правопорушнику, що є необхідним заходом для запобігання або припинення суспільно

небезпечного посягання та подальшого виконання нею своїх службових обов'язків. Якщо спеціально уповноважена особа держави прагне вчинити дії, направлені на заподіяння правопорушнику шкоди з метою досягнути іншого результату (бажання помститися, показати свій авторитет, познущатися над правопорушником тощо), то відповідальність за таку шкоду повинна наставати на загальних підставах кримінального судочинства.

З вольовим моментом суб'єктивної сторони здійснення службових владних повноважень тісно пов'язані мотиви і мета їх вчинення. Мотиви здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння, можуть бути різними і включати в себе: бажання виконати свої службові обов'язки, бажання захистити державні чи суспільні інтереси, бажання проявити себе на службі, природний інстинкт самозбереження, прагнення захистити себе від правопорушника тощо.

Мета здійснення службових владних повноважень, як і будь-якої іншої обставини, що виключає злочинність діяння, може бути проміжною та кінцевою. Проміжною метою при здійсненні службових владних повноважень виступає заподіяння правопорушнику вимушеної співрозмірної шкоди для запобігання, припинення та захисту від його суспільно небезпечного посягання або від протиправної діяльності правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання, а кінцевою — захист в першу чергу державних і суспільних інтересів, життя і здоров'я, прав і свобод, власності спеціально уповноваженої особи держави або інших людей, а також затримання і доставка правопорушника до відповідного правоохоронного органу. Таким чином, ми розглянули та дослідили юридичний склад здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння.

Тепер перейдемо до розгляду питання про стан правового регулювання здійснення службових владних повноважень у

судовій практиці. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 р. «Про судову практику у справах про необхідну оборону», якою керуються судді при розгляді кримінальних справ, пов'язаних із захистом особи від суспільно небезпечних посягань, в пункті 6 описує захист спеціально уповноважених осіб держави від суспільно небезпечних посягань наступним чином: «потрібно мати на увазі, що представники влади, працівники правоохоронних органів, члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовці не підлягають кримінальній відповідальності за шкоду, заподіяну при виконанні службових обов'язків по запобіганню суспільно небезпечним посяганням і затриманню правопорушників, якщо вони не допустили перевищення заходів, необхідних для правомірного затримання злочинця» [121, с. 32]. Аналізуючи ці положення, можна зазначити, що вони досить стисло характеризують захист спеціально уповноважених осіб держави від суспільно небезпечних посягань під час виконання службових обов'язків (здійснення службових владних повноважень) у зв'язку з наступним:

1) «виконання службових обов'язків» є недосконалою юридичною назвою для характеристики у судовій практиці таких дій спеціально уповноважених осіб держави. Якщо розглянути конкретний випадок захисту спеціально уповноваженої особи держави від вчинення кримінального правопорушення (злочину), то можна визначити, що в цьому випадку наділена державною владою спеціально уповноважена особа має право висувати до правопорушника (злочинця) владні вимоги та виконувати владні дії, направлені на запобігання, припинення та безпосередньо захист від вчинення ним кримінального правопорушення (злочину). В той же час таке право виступає одночасно і службовим обов'язком цієї спеціально уповноваженої особи, оскільки реалізуючи його вона виконує відповідні задачі і функції державних силових органів (струк-

тур) — охорону і забезпечення громадського порядку, захист державного суверенітету, розслідування і розкриття кримінальних правопорушень тощо. Тому, як вже зазначалося авторами у цьому підрозділі, в даному випадку доцільно говорити, що при захисті від суспільно небезпечних посягань спеціально уповноважені особи держави здійснюють свої службові владні повноваження, які є юридичним синтезом права і обов'язку, а саме — певною дією, за невиконання або неналежне виконання якої вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі і кримінальну);

2) суб'єктами здійснення службових владних повноважень є не тільки представники влади, працівники правоохоронних органів, члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовці, як зазначено у вказаній Постанові Пленуму Верховного Суду України, а й інші спеціально уповноважені особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України. Як вже зазначалося у цьому підрозділі, при дослідженні суб'єктів здійснення службових владних повноважень, до таких інших спеціально уповноважених осіб відносяться: особовий склад Державної фельд'єгерської служби України, військовослужбовці та працівники Державної прикордонної служби України, військовослужбовці Управління державної охорони України, працівники (адміністрація) місць попереднього ув'язнення та персонал виправних колоній тощо. Тому при завершенні переліку суб'єктів у п. 6 постанови «Про судову практику у справах про необхідну оборону» його доцільно доповнити категорією «інші спеціально уповноважені особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України»;

3) дотримання меж виконання службових обов'язків (здійснення службових владних повноважень) за постановою «Про

судову практику у справах про необхідну оборону» обмежується лише не перевищенням заходів, необхідних для правомірного затримання злочинця. Однак зрозуміло, що виконання службових обов'язків (здійснення службових владних повноважень) є більш широким поняттям, яке включає в себе не лише права і обов'язки по затриманню злочинця, а й права і обов'язки, пов'язані із запобіганням і припиненням посягань, самозахистом та захистом людей від нападу правопорушника, відбиттям нападу на охоронювані об'єкти тощо. Тобто дотримання меж виконання службових обов'язків (здійснення службових владних повноважень) є достатньо широкою категорією, яка у якості однієї із складових частин може, при певних обставинах, містити «не перевищення заходів, необхідних для правомірного затримання злочинця».

З урахуванням здійснених нами у цьому підрозділі досліджень, зокрема, визначенням у Кримінальному кодексі України ст. 36^1 «Здійснення службових владних повноважень», а також запропонованих нами вище доповнень до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону», вважаємо, що пункт 6 цієї постанови можливо викласти наступним чином:

«Потрібно мати на увазі, що представники влади, працівники правоохоронних органів, члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовці або інші спеціально уповноважені особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України, не підлягають кримінальній відповідальності за шкоду, заподіяну при здійсненні службових владних повноважень у випадку запобігання, припинення або захисту від суспільно небезпечного посягання, вчиненого правопорушником.

Межі та порядок застосування заходів впливу для спеціально уповноважених осіб держави при здійсненні ними своїх службових владних повноважень встановлюються у Кримі-

нальному кодексі України та спеціальних законах, що регулюють їх діяльність, таких як Закони України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», військові статути Збройних Сил України, Митний кодекс України та інших.

Перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених ст. 118 та 124 КК України».

Також при розгляді питання про здійснення службових владних повноважень як обставини, що виключає злочинність діяння, окрему увагу потрібно приділити дослідженню способів вчинення спеціально уповноваженими особами держави дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику. Їх можна охарактеризувати як засоби і можливості заподіяння шкоди правопорушнику, які має право застосовувати спеціально уповноважена особа у встановлених спеціальним законом випадках.

Проаналізувавши адміністративні закони, що регулюють діяльність спеціально уповноважених осіб держави, ми можемо виділити наступні способи вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень:

1) застосування заходів фізичного впливу;

2) застосування спеціальних засобів;

3) застосування вогнепальної зброї.

Потрібно також зазначити, що перед вчиненням дій, пов'язаних із заподіянням шкоди, спеціально уповноважена особа держави повинна застосувати до правопорушника заходи психологічного впливу, які використовуються в основному на словесному (вербальному) рівні. Вони полягають: у словесних вимогах спеціально уповноваженої особи до правопорушника з метою переконати його вчинити певні дії (відмовитись від протиправної діяльності, підкоритися волі спеціально уповноваженої особи); в нагадуванні про порушення правопо-

рушником вимог закону і про існуючу відповідальність за таке порушення; в попередженні про можливість застосування до правопорушника заходів впливу у випадку продовження порушення закону або невиконання вимог спеціально уповноваженої особи. Якщо заходи психологічного впливу виявились неефективними і не дали результатів у зміні поведінки правопорушника, спеціально уповноважена особа держави може вчиняти дії, пов'язані із заподіянням йому відповідного розміру шкоди.

Першим способом вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, є застосування заходів фізичного впливу. Відповідно до ст. 13 Закону України «Про міліцію», ст. 582 Митного кодексу України спеціально уповноважені особи держави мають право застосовувати заходи фізичного впливу, в тому числі прийоми рукопашного бою, для припинення правопорушень, подолання опору чи протидії законним вимогам, яка здійснюється із застосуванням сили щодо спеціально уповноважених осіб або інших осіб, припинення інших протиправних дій, що перешкоджають виконанню службових обов'язків, якщо інші ненасильницькі засоби впливу були застосовані та не забезпечили виконання покладених на спеціально уповноважену особу службових обов'язків [29, с. 16; 80, с. 206]. За таким формулюванням ми бачимо, що закон рекомендує для спеціально уповноваженої особи держави розпочинати застосовувати заходи фізичного впливу щодо припинення посягань з незначним ступенем суспільної небезпеки, а саме — в першу чергу щодо припинення правопорушень (наприклад, дрібного хуліганства), якщо інші ненасильницькі психологічні засоби впливу на правопорушника (наприклад, усна вимога припинити противоправні дії) не забезпечили належне здійснення покладених на спеціально уповноважену особу службових владних повноважень. До заходів фізичного впливу на правопорушника в даному випадку можна віднести удари, побої, заломи кінцівок, больові прийоми, зв'язування тощо.

Другим способом вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, є застосування спеціальних засобів. Згідно із ст. 14 Закону України «Про міліцію», ст. 583 Митного кодексу України, ч. 4 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення» до спеціальних засобів відносяться наручники, гумові кийки, засоби зв'язування, сльозоточиві речовини, світлозвукові пристрої відволікаючої дії, пристрої для відкриття приміщень і примусової зупинки транспорту, службові собаки, водомети, бронемашини тощо [29, с. 16, 80, с. 207; 36]. Більш детально перелік спеціальних засобів встановлюється у відомчих нормативно-правових актах, наприклад, у Постанові Кабінету Міністрів України № 1953 від 25.12.2002 р. «Про деякі питання застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї посадовими особами митної служби», додатком до якої є «Перелік спеціальних засобів, вогнепальної зброї та набоїв до неї, що надаються для використання посадовими особами митної служби» [120].

Застосування спеціальних засобів за відповідними адміністративними законами може здійснюватися у випадках: 1) для самозахисту спеціально уповноважених осіб держави і захисту громадян від нападу та інших дій, що створюють загрозу їх життю або здоров'ю; 2) для відбиття нападу на будівлі, приміщення, споруди і транспортні засоби, незалежно від їх належності, або їх звільнення у разі захоплення; 3) для затримання і доставки до правоохоронного органу або іншого службового приміщення осіб, які вчинили правопорушення, а також для конвоювання і тримання осіб, затриманих і підданих арешту, взятих під варту, якщо зазначені вище особи чинять опір спеціально уповноваженій особі держави або якщо є підстави вважати, що вони можуть вчинити втечу, опір чи завдати шкоди оточуючим або собі; 4) для припинення опору (в першу чергу фізичного) спеціально уповноваженій особі держави та іншим особам, які виконують службові або

громадські обов'язки по охороні громадського порядку і боротьбі із злочинністю; 5) для зупинення транспортного засобу, водій якого не виконав вимогу спеціально уповноваженої особи держави про зупинку; 6) для припинення масових безпорядків і групових порушень громадського порядку; 7) для припинення масового захоплення землі та інших дій, що можуть призвести до зіткнення груп населення, а також діянь, які паралізують роботу транспорту, життєдіяльність населених пунктів, посягають на громадський спокій, життя і здоров'я людей; 8) для звільнення заручників [29, с. 17; 80, с. 207; 36].

Аналізуючи перелік цих випадків, можна усереднено зробити висновок про законодавчу рекомендацію застосування спеціальних засобів до правопорушника у випадку вчинення ним суспільно небезпечних посягань із середнім ступенем суспільної небезпеки (злочинів невеликої або середньої тяжкості), а також у випадку здійснення правопорушником опору (в першу чергу фізичного) діям спеціально уповноваженої особи держави по виконанню покладених на неї службових обов'язків чи нападу (в першу чергу фізичного) правопорушника на спеціально уповноважених осіб. Такі дії правопорушника, пов'язані із фізичним опором або нападом на спеціально уповноважену особу держави, захопленням державних будівель чи заручників утворюють відповідні склади злочинів проти авторитету органів державної влади, передбачені Кримінальним кодексом України, зокрема: вчинення нападу та заподіяння різної тяжкості тілесних ушкоджень спеціально уповноваженій особі держави утворює склад злочину, передбачений ст. 345 КК України; опір спеціально уповноваженій особі держави утворює склад злочину, передбачений ст. 342 КК України; захоплення заручників утворює склад злочину, передбачений ст. 147 КК України; захоплення державних або громадських будівель чи споруд утворює склад злочину, передбачений ст. 341 КК України. Таким чином, можемо

визначити, що використання спеціально уповноваженою особою держави спеціальних засобів можливо лише у випадку активних дій правопорушника, які є суспільно небезпечним посяганням або переростають із правопорушення у суспільно небезпечне посягання (злочин) щодо спеціально уповноваженої особи або інших людей.

Третім способом вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, є застосування вогнепальної зброї. Відповідно до ст.ст. 15, 15[1] Закону України «Про міліцію», ст. 584 Митного кодексу України, ч. 10 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення» застосування вогнепальної зброї є крайнім заходом і можливо у таких випадках: 1) для захисту громадян від нападу (в першу чергу групового чи збройного), що безпосередньо загрожує їх життю і здоров'ю, а також для звільнення заручників; 2) для відбиття нападу (в першу чергу групового чи збройного) на спеціально уповноважену особу держави або членів його сім'ї, якщо їх життю або здоров'ю загрожує безпосередня небезпека; 3) для відбиття нападу (в першу чергу групового чи збройного) на охоронювані об'єкти, конвої, жилі приміщення громадян, приміщення державних і громадських підприємств, установ і організацій, а також звільнення їх у разі захоплення; 4) для затримання особи, яку застали при вчиненні тяжкого злочину і яка намагається втекти; 5) для затримання особи, яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також озброєної особи, яка погрожує застосуванням зброї та інших предметів, що загрожують життю і здоров'ю спеціально уповноваженої особи держави; 6) для зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження, якщо водій своїми діями створює безпосередню загрозу життю чи здоров'ю громадян або спеціально уповноваженої особи держави [29, с. 17–18; 80, с. 207; 179, с. 84; 36].

Аналізуючи перелік цих випадків, можна усереднено зробити висновок, що застосування спеціально уповноваженою

особою держави вогнепальної зброї може здійснюватися практично у тих же випадках, що і застосування спеціальних засобів, однак з певними відмінностями. Такі відмінності полягають у тому, що підставами для застосування вогнепальної зброї є в більшій мірі збройний чи груповий напад або збройний чи груповий опір правопорушника(ів), а також вчинення ним (ними) інших дій, що становлять безпосередню загрозу життю та здоров'ю спеціально уповноваженої особи або інших людей. Тобто використання термінів «збройний», «груповий» по відношенню до нападу (опору) правопорушника та терміну «безпосередня загроза» по відношенню до життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи або інших людей свідчить про підвищену суспільну небезпеку посягання правопорушника(ів), при наявності якої можливо застосовувати вогнепальну зброю. На практиці збройний чи груповий напад або збройний чи груповий опір правопорушника(ів) за своїми наслідками перетворюється у тяжкі або особливо тяжкі злочини по відношенню до спеціально уповноваженої особи держави або інших людей, що призводить до безпосередньої загрози їх життю і здоров'ю.

Таким чином, розглянувши способи вчинення спеціально уповноваженою особою держави дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, можемо зробити загальний висновок, що чітко встановлених меж між ними немає та й не може бути і вони переплітаються між собою за випадками застосування. В той же час за порядком і особливостями їх викладення у спеціальних законах можемо визначити, що існують деякі усереднені закономірності при їх застосуванні:

- по-перше, закон рекомендує спеціально уповноваженій особі держави застосовувати такі способи вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику поступово, розпочинаючи із використання заходів фізичного впливу і закінчуючи застосуванням вогнепальної зброї, як крайній захід;

- по-друге, закон усереднено встановлює для спеціально уповноваженої особи держави ті форми протидії правопорушника, при яких такі способи вчинення дій, пов'язаних із заподіянням шкоди, обґрунтовано можуть застосовуватись, а саме: а) застосування заходів фізичного впливу усереднено може використовуватись при протидії правопорушника, яка здійснюється із застосуванням сили до спеціально уповноваженої особи чи інших людей або при вчиненні ним правопорушення;

б) застосування спеціальних засобів усереднено може використовуватись при фізичному опорі або нападі правопорушника на спеціально уповноважену особу чи інших людей або при вчиненні ним злочинів невеликої чи середньої тяжкості;

в) застосування вогнепальної зброї усереднено може використовуватись при груповому чи збройному опорі або нападі правопорушника(ів) на спеціально уповноважену особу чи інших людей або при вчиненні ним (ними) тяжких чи особливо тяжких злочинів.

Також потрібно зазначити, що у нормах адміністративного законодавства нашого сусіда — Російської Федерації існує безпосередня відсилка про використання спеціально уповноваженими особами держави обставин, що виключають злочинність діяння при застосуванні заходів впливу, пов'язаних із захистом від суспільно небезпечних посягань правопорушника. Наприклад, ч. 1 ст. 30 Федерального закону Російської Федерації від 27.11.2010 р. № 311-ФЗ «Про митне регулювання у Російській Федерації» вказує, що «у стані необхідної оборони або у випадку крайньої необхідності посадові особи митних органів вправі застосовувати зброю чи використовувати будь-які підручні засоби» [175]. Далі у частинах 2-4 цієї статті розписуються випадки застосування вогнепальної зброї, обмеження та додаткові обов'язки, які виникають при її застосуванні, що ідентичним чином викладені і в Митному кодексі

України. Ч. 3 ст. 18 Федерального закону Російської Федерації № 3-ФЗ від 07.02.2011 р. «Про поліцію» зазначає, що «у стані необхідної оборони, у випадку крайньої необхідності або при затриманні особи, яка вчинила злочин, співробітник поліції за відсутності у нього необхідних спеціальних засобів або вогнепальної зброї має право використовувати будь-які підручні засоби, а також на підставах та в порядку, що встановлені цим Федеральним законом, застосовувати іншу зброю, яка не знаходиться на озброєнні поліції». Далі у статтях 18–24 цього Федерального закону розписуються порядок, підстави і випадки застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї, обмеження та додаткові обов'язки, які виникають при їх застосуванні, що за своїм основним змістом відповідає ідентичній конструкції, яка міститься у статтях 12–15[1] Закону України «Про міліцію». У зв'язку з цим вважаємо, що в нормах адміністративних законів, які регулюють порядок застосування заходів впливу спеціально уповноваженими особами держави, таких як Закони України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про попереднє ув'язнення», Митному кодексі України, Кримінально-виконавчому кодексі України, військових статутах Збройних Сил України тощо, доцільно передбачити посилання про те, що спеціально уповноважена особа держави (працівник міліції, військовослужбовець тощо) має право заподіювати шкоду правопорушнику шляхом застосовування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї при здійсненні своїх службових владних повноважень у порядку та в межах, що встановлені кримінальним законодавством. Відповідно, у кримінальному законодавстві України такий порядок і межі заподіяння шкоди шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї будуть встановлюватися запропонованою нами статтею 36[1] «Здійснення службових владних повноважень».

У науковій літературі теж висловлювались певні пропозиції щодо доповнення норм адміністративного законодавства про можливість використання окремими категоріями спеціально уповноважених осіб держави обставин, що виключають злочинність діяння. Наприклад, Л. В. Гусар, підтримуючи точку зору, що працівники міліції при запобіганні, припиненні та захисті від суспільно небезпечних посягань правопорушника здійснюють акт необхідної оборони, пропонувала: доповнити ст. 13 Закону України «Про міліцію» пропозицією про застосування працівниками міліції заходів фізичного впливу у відповідності з положеннями кримінального законодавства; доповнити ст. 14 Закону України «Про міліцію» пропозицією про застосування працівниками міліції спеціальних засобів з метою захисту від суспільно небезпечного посягання; доповнити ст. 15 Закону України «Про міліцію» пропозицією про застосування працівниками міліції вогнепальної зброї у відповідності до положень кримінального законодавства України про необхідну оборону [20, с. 93]. Е. Р. Шафіков, розглядаючи застосування вогнепальної зброї співробітниками органів внутрішніх справ як необхідну оборону, пропонував доповнити Закон України «Про міліцію» наступними положеннями: «Працівники міліції не несуть відповідальності за моральну, фізичну шкоду, спричинену ними у зв'язку із застосуванням у передбачених законом випадках зброї, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони, затримання особи, що вчинила злочин, крайньої необхідності. При перевищенні їх меж відповідальність настає за чинним законодавством на загальних підставах» [188, с. 194]. У зв'язку з тим, що ми розглядаємо у даному підрозділі здійснення службових владних повноважень як обставину, що виключає злочинність діяння, можемо запропонувати доповнити норми спеціальних законів для всіх категорій спеціально уповноважених осіб держави, які мають право застосовувати заходи впливу до правопорушника відсилкою про використання такої

обставини у їх службовій діяльності. При цьому ми не будемо торкатися іншої обставини, що виключає злочинність діяння, яка може виникнути у процесі їх службової діяльності — крайньої необхідності, оскільки її розгляд та доповнення нею норм спеціальних законів передбачає необхідність додаткового ґрунтовного дослідження.

Визначені нами доповнення будуть мати різну інтерпретацію в залежності від спеціального закону, що регулює службову діяльність відповідної спеціально уповноваженої особи держави. Наприклад, у Законі України «Про міліцію» ч. 1 ст. 12 виглядає наступним чином: «Міліція має право застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби і вогнепальну зброю у випадках і в порядку, передбачених цим Законом» [29, с. 16]. При доповненні її посиланням про здійснення службових владних повноважень вона може бути викладена у наступній редакції: «Міліція має право при здійсненні службових владних повноважень застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби і вогнепальну зброю у випадках і в порядку, передбачених цим Законом. При застосовуванні заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї заподіяння правопорушнику шкоди має відбуватися у межах, передбачених кримінальним законодавством».

Аналогічним чином це можливо визначити у п. 20 Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України». Цей пункт у Статуті внутрішньої служби викладений наступним чином: «Військовослужбовці під час виконання службових обов'язків мають право застосовувати заходи фізичного впливу, а також носити, зберігати та застосовувати спеціальні засоби, зброю в порядку, встановленому законодавством» [141, с. 228]. При доповненні його посиланням про здійснення службових владних повноважень він може бути визначений у наступній редакції: «Військовослужбовці під час здійснення службових владних повноважень мають право застосовувати заходи фізичного впливу, а також носити, зберігати та застосовувати спеціальні засоби, зброю в порядку, встановленому законодавством. При застосовуванні заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї заподіяння правопорушнику шкоди має відбуватися у межах, передбачених кримінальним законодавством».

Стаття 26 Закону України «Про Службу безпеки України» виглядає наступним чином: «Військовослужбовці Служби безпеки України мають право зберігати, носити, використовувати і застосовувати зброю та спеціальні засоби на підставах і в порядку, передбачених Законом України «Про міліцію», військовими статутами Збройних Сил України та іншими актами законодавства» [30]. При доповненні її посиланням про здійснення службових владних повноважень вона може бути викладена у наступній редакції: «Військовослужбовці Служби безпеки України при здійсненні службових владних повноважень мають право зберігати, носити, використовувати і застосовувати зброю та спеціальні засоби на підставах і в порядку, передбачених Законом України «Про міліцію», військовими статутами Збройних Сил України та іншими актами законодавства. При застосовуванні заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї заподіяння правопорушнику шкоди має відбуватися у межах, передбачених кримінальним законодавством». У такому ж ракурсі викладаються й усі інші норми спеціальних законів, що регулюють застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї у процесі службової діяльності всіх категорій спеціально уповноважених осіб держави.

Узагальнюючи всі викладені у цьому підрозділі положення та пропозиції, ми можемо зробити загальний висновок про можливість визначення у ст. 36^1 КК України для спеціально уповноважених осіб держави «здійснення службових владних повноважень» як обставину, що виключає злочинність діяння при запобіганні, припиненні та захисті ними від суспільно небезпечних посягань з боку правопорушника. Здійснення

службових владних повноважень як обставина, що виключає злочинність діяння, має свій юридичний склад та відрізняється від необхідної оборони за критеріями, які були розглянуті у цьому підрозділі. Визначення такої обставини, що виключає злочинність діяння, у запропонованій авторами редакції, на нашу думку, може суттєво систематизувати та удосконалити механізм кримінально-правового регулювання заподіяння шкоди правопорушнику спеціально уповноваженими особами держави в процесі їх службової діяльності, який в теперішній час у кримінальному законодавстві України належним чином не визначений.

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

Здійснення службових владних повноважень може розглядатися правомірним, суспільно корисним вчинком (обставиною, що виключає злочинність діяння) лише при дотриманні спеціально уповноваженими особами держави (працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями) певних умов правомірності для заподіяння шкоди при їх здійсненні. Ці умови правомірності випливають безпосередньо із запропонованої нами до Кримінального кодексу України ст. 36[1] «Здійснення службових владних повноважень», яка розглядалася у попередньому підрозділі. Загалом можна зазначити, що умови правомірності заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень — це можливі, закріплені у кримінальному законодавстві положення, які будуть характеризувати особливості правомірного вчинення спеціально уповноваженими особами держави дій, направлених на заподіяння шкоди правопорушнику. Дослідивши правове регулювання здійснення службових владних повноважень, зокрема, розглянувши положення спеціальних законів, що регулюють порядок та дії спеціально уповноважених осіб держави, спрямовані на запо-

діяння шкоди правопорушнику у процесі службової діяльності, ми можемо визначити їх певні особливості:

1) вчинення дій, спрямованих на заподіяння шкоди, повинно бути вимушеним. Вимушене вчинення дій (застосування сили) та заподіяння шкоди правопорушнику означає, що воно необхідно для виконання покладених на спеціально уповноважену особу держави обов'язків і не може бути здійснене за допомогою інших заходів, не пов'язаних із застосуванням сили;

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

3) метою вчинення таких дій повинно бути заподіяння правопорушнику співрозмірної шкоди для запобігання, припинення та захисту від його суспільно небезпечного посягання або від протиправної діяльності правопорушника, яка переростає у суспільно небезпечне посягання (проміжна мета), та в подальшому захист державних і суспільних інтересів, життя і здоров'я, прав і свобод, власності спеціально уповноваженої особи або інших людей, а також затримання і доставка правопорушника до відповідного правоохоронного органу (кінцева мета);

4) вчинені дії полягають у застосуванні особою, яка здійснює свої службові владні повноваження, сили у вигляді заходів фізичного впливу, спеціальних засобів або вогнепальної зброї у випадках, які передбачені спеціальними законами, що регулюють її службову діяльність;

5) застосування сили при здійсненні службових владних повноважень не повинно перевищувати міри, необхідної для

виконання покладених на спеціально уповноважену особу держави обов'язків. Тобто застосування сили при здійсненні службових владних повноважень не повинно перевищувати певних допустимих меж.

На прикладі загальної конструкції умов правомірності необхідної оборони, яка була описана авторами у підрозділі 2.3, можемо запропонувати відповідну конструкцію і для характеристики умов правомірності заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень, однак із певними особливостями та відмінностями у елементах, які стосуються лише такої обставини, що виключає злочинність діяння. Так, умови правомірності заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень доцільно поділяти на дві групи:

1) умови, які відносяться до посягання — умови, які встановлюють наявність обставин, що дають можливість спеціально уповноваженій особі держави вчиняти дії, направлені на заподіяння шкоди правопорушнику. До них належать: а) суспільна небезпечність посягання; б) дійсність (реальність) посягання;

2) умови, які відносяться до протидії посяганню (запобігання, припинення або захист від нього) — умови, які встановлюють правомірність дій спеціально уповноваженої особи держави, спрямованих на заподіяння шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень. До них належать: а) правомірність об'єкта захисту; б) спричинення вимушеної шкоди лише правопорушнику; в) своєчасність застосування заходів впливу; г) правомірність меж застосування заходів впливу.

Розглянемо умови правомірності заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень, які відносяться до посягання. Суспільна небезпечність діяння правопорушника, яке утворює посягання, за своєю характеристикою не відрізняється від загальної характеристики суспільної небезпеч-

ності злочину. Під суспільною небезпечністю злочину в теорії кримінального права розуміється заподіяння тяжкої за своїм характером та ступенем шкоди при посяганні на найбільш важливі суспільні відносини, що охороняються нормами кримінального права [180, с. 27]. Суспільна небезпечність визначається: суспільною цінністю, важливістю тих суспільних відносин (об'єкта), на які спрямовано посягання; характером та розміром заподіяної шкоди; способом дії; мотивами дії; ступенем вини. При цьому на практиці трапляються випадки, коли посягання правопорушника спочатку не становлять суспільної небезпеки хоча і є протиправними, однак в процесі їх вчинення або припинення з боку спеціально уповноваженої особи держави набувають необхідний рівень небезпеки для державних і суспільних інтересів, життя і здоров'я, прав і свобод, власності спеціально уповноваженої особи або інших людей та переростають у суспільно небезпечні.

Дійсність (реальність) суспільно небезпечного посягання полягає у тому, що воно існує об'єктивно (в реальному житті), а не в уяві спеціально уповноваженої особи держави, яка здійснює його запобігання, припинення чи захист від нього. В тому випадку, коли спеціально уповноважена особа держави вчинила дії, пов'язані із заподіянням шкоди правопорушнику при уявному посяганні, такі дії повинні оцінюватися з точки зору уявної оборони або кримінальної відповідальності на загальних підставах, в залежності від того, чи усвідомлювала спеціально уповноважена особа помилковість свого припущення і чи негативна оточуюча обстановка давала їй достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання. Як зазначав Ю. В. Баулін, юридична природа різних помилок при застосуванні обставин, що виключають злочинність діяння, полягає в омані особи відносно істотних об'єктивних ознак обстановки або власної поведінки, виходячи з чого вона вчиняє дії в рамках правил тієї чи іншої обставини, що виключає злочинність діяння [6, с. 200–201]. Тобто, як уже зазначалося

авторами у підрозділі 2.2, уявна оборона може застосовуватись не тільки стосовно уявної загрози при необхідній обороні, а і стосовно уявної загрози при інших обставинах, що виключають злочинність діяння (крайній необхідності, затриманні особи, що вчинила злочин, здійсненні службових владних повноважень), і при цьому її можна охарактеризувати як загальну «уявну помилку в обставині, що виключає злочинність діяння» [105, с. 93].

Розглянемо умови правомірності заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень, які відносяться до захисту. Правомірність об'єкта захисту означає, що захист при здійсненні службових владних повноважень повинен здійснюватися відносно державних і суспільних інтересів, життя і здоров'я, прав і свобод, власності спеціально уповноваженої особи держави або інших людей. При цьому захист інтересів інших людей, а також запобігання і припинення суспільно небезпечного посягання відносно них припустимо незалежно від їхньої згоди на надання такої допомоги від посягання і не залежить від їх звернення по допомогу.

Спричинення вимушеної шкоди лише правопорушнику означає, що заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень буде визнаватися правомірним лише при умові, що вона завдана саме життю і здоров'ю, особистій свободі і недоторканості, іншим правам і свободам, власності правопорушника (особі, яка вчиняє або намагається вчинити суспільно небезпечне посягання, яке з кримінальної-правової точки зору може бути кваліфіковано як кримінальне правопорушення (злочин)). При цьому забороняється заподіяння шкоди іншим особам, які непричетні до суспільно небезпечного посягання. Для багатьох категорій спеціально уповноважених осіб держави спеціальні закони, що регулюють їх діяльність, містять відповідні обмеження про застосування заходів впливу і, особливо, вогнепальної зброї у місцях значного скупчення людей або у багатолюдних місцях. Напри-

клад, згідно із ч. 2 ст. 15 Закону України «Про міліцію», ч. 4 ст. 584 Митного кодексу України, абз. 2 п. 61 Закону України «Про Статут гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України» забороняється застосовувати і використовувати вогнепальну зброю у місцях значного скупчення людей (багатолюдних вулицях, площах), якщо від цього можуть постраждати сторонні особи [29, с. 17; 80, с. 207; 141, с. 217]. Абзац 3 п. 21 Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» вказує, що «у разі застосування і використання зброї військовослужбовець зобов'язаний вжити всіх заходів для того, щоб не було завдано шкоди стороннім особам». Завдання шкоди третій особі, яка непричетна до суспільно небезпечного посягання або взагалі є сторонньою особою, що не бере участі у посяганні, виключає стан правомірного заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень. У випадку завдання шкоди такій третій особі, дії спеціально уповноваженої особи держави, залежно від їх наслідків, повинні розглядатися або з точки зору уявної помилки в обставині, що виключає злочинність діяння, або з точки зору кримінальної відповідальності на загальних підставах за перевищення влади і службових повноважень, службову недбалість тощо, в залежності від обставин справи. При цьому спричинена при здійсненні службових владних повноважень шкода повинна бути вимушеною, тобто такою, яка необхідна для виконання покладених на спеціально уповноважену особу держави обов'язків і без спричинення якої в даному випадку обійтися було неможливо (наприклад, використані засоби психологічного впливу на правопорушника не дали результату і не припинили його суспільно небезпечне посягання).

Своєчасність застосування заходів впливу при здійсненні службових владних повноважень полягає у тому, що застосування заходів впливу з боку спеціально уповноваженої особи держави до правопорушника (заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї) повинно за часом спів-

падати із вчинюваним ним суспільно небезпечним посяганням. Це означає, що на момент вчинення спеціально уповноваженою особою держави дій, пов'язаних із застосуванням заходів впливу, суспільно небезпечне посягання існує об'єктивно у відповідній системі часових координат, тобто вже розпочалося або повинно буквально зараз розпочатись, але ще не закінчилось. В той же час заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень можливо не лише при суспільно небезпечному посяганні правопорушника, яке вже розпочалося, але і при реальній загрозі здійснення такого посягання. Така ситуація може виникнути, зокрема, у випадку переростання протиправної діяльності правопорушника, яка спрямовується на одні об'єкти, у суспільно небезпечне посягання, яке спрямовується на інші, більш важливі об'єкти. Тобто у випадку, коли існує реальна загроза здійснення суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника і воно повинно буквально зараз розпочатись, у спеціально уповноваженої особи держави виникає право на застосування заходів впливу при здійсненні службових владних повноважень.

Закінчення суспільно небезпечного посягання правопорушником можливо у випадках: досягнення мети посягання; припинення посягання завдяки активним діям спеціально уповноваженої особи держави чи інших людей; добровільної відмови від посягання [178, с. 254]. Однак в будь-якому випадку момент закінчення посягання має бути явним, зрозумілим для спеціально уповноваженої особи держави. Поняття «явності» і «зрозумілості» закінчення посягання при цьому є оціночними критеріями, які в кожному конкретному випадку мають визначатися в залежності від обставин справи. Встановлення умови своєчасності та, відповідно, часових вимог для дій спеціально уповноваженої особи держави, пов'язаних із заподіянням шкоди при здійсненні службових владних повноважень, необхідно для того, щоб такі дії здійснювалися для негайного запобігання, відвернення або припинення суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника. Така ситуація виникає тоді, коли зволікання з боку спеціально уповноваженої особи в заподіянні правопорушнику шкоди загрожує негайною і явною шкодою державним чи суспільним інтересам, а також її життю і здоров'ю, правам і свободам, власності або іншим особам. Таким чином, надаючи спеціально уповноваженим особам держави право на застосування заходів впливу, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, необхідно обмежувати часові межі такого застосування, у зв'язку з втратою посяганням правопорушника ознак суспільної небезпеки і переростанням процесу заподіяння йому шкоди у неправомірний вчинок.

Правомірність меж застосування заходів впливу означає, що застосовані до правопорушника заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальна зброя за випадками, порядком і об'ємом їх застосування повинні відповідати суспільній небезпечності посягання правопорушника та обстановці, що склалася в результаті вчинення такого посягання.

Розглянемо більш детально питання про межі застосування сили у випадку заподіяння правопорушнику шкоди при здійсненні службових владних повноважень. Спочатку потрібно відзначити, що службова діяльність спеціально уповноважених осіб державних силових органів (структур) при здійсненні ними своїх службових владних повноважень практично завжди пов'язана із певними екстремальними ситуаціями та постійною протидією правопорушникам. Наведемо з цього приводу статистику службової діяльності по охороні різних об'єктів від такого підрозділу міліції, як Державна служба охорони. Так, лише в період з листопада по грудень 2010 року, тобто за два місяці, співробітниками управління Державної служби охорони в Одеській області було розшукано по «гарячих слідах», затримано і доставлено до відділення міліції 12 правопорушників і злочинців. Наведемо з цієї статистики найбільш типові приклади:

25.11.2010 р. о п'ятій годині ранку СП ГЗ 1-го батальйону міліції УДСО в Одеській області отримав повідомлення від оператора ПЦС про спрацювання засобів тривожної сигналізації в готелі «Зірка», що знаходиться за адресою: вул. Успенська, 70. Наряд прибув на місце злочину протягом 2 хвилин. До групи затримання звернулася адміністратор готелю та вказала на невідомих, що скоїли крадіжку особистих речей у клієнта готелю. Внаслідок професійних дій наряду СП ГЗ по «гарячих слідах» злочинці були затримані, в них були виявлені вкрадені речі потерпілого. Крадії були доставлені до чергової частини Портофранківського ВМ Приморського РВ ОМУ ГУМВС України в Одеській області [139].

10.12.2010 р. співробітниками СП ГЗ Котовського ВДСО УДСО в Одеській області спільно з співробітниками Котовського МВ ГУМВС в Одеській області затримано громадянина Маріна Юрія Ілліча, який близько другої ночі в місті Котовську на проспекті Перемоги вирвав сумку у продавця магазину «Чіполіно» з обліковими документами магазину та грошима на суму 4 475 грн. Завдяки професіоналізму співробітників ДСО та територіального ОВС злочинець, який знаходився у розшуку з листопада 2009 року, був затриманий по «гарячих слідах» і доставлений до райвідділу [139].

У зв'язку з викладеними нами прикладами службової діяльності співробітників Державної служби охорони зрозуміло, наскільки чітко спеціально уповноважені особи держави повинні усвідомлювати межі застосування сили (заходів впливу) у різних ситуаціях протидії зі злочинцями, які постійно трапляються під час несення ними служби. Для будь-якої обставини, що виключає злочинність діяння, поняття «межа» — це грань її правомірності, яка визначається особливостями кожного конкретного випадку застосування цієї обставини. Тобто поняття «межа» є оціночним поняттям, яке визначається у кримінальному законі за допомогою загальних критеріїв. Межі застосування заходів впливу (сили) при здійсненні службових владних повноважень — це грані правомірності застосування сили до правопорушника, які визначаються особливостями кожного конкретного вчинюваного ним суспільно небезпечного посягання. Вони залежать від своєчасності та відповідності застосованих спеціально уповноваженою особою держави заходів впливу суспільній небезпечності посягання правопорушника та обстановці, що склалася на момент його вчинення. Тому ми можемо визначити наступні межі застосування заходів впливу (сили) при здійсненні службових владних повноважень: 1) часові; 2) силові.

Часові межі застосування сили при здійсненні службових владних повноважень пов'язані із тим, що застосування сили може здійснюватись лише під час суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника або під час реальної загрози його здійснення. Якщо суспільно небезпечне посягання закінчилося, то вживаються заходи, необхідні для затримання правопорушника. Перевищення часових меж застосування сили при здійсненні службових владних повноважень, як і перевищення часових меж необхідної оборони, тягне за собою кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду на загальних підставах.

Силові межі застосування заходів впливу (сили) при здійсненні службових владних повноважень пов'язані із тим, що застосована спеціально уповноваженою особою держави сила до правопорушника повинна відповідати суспільній небезпечності посягання та обстановці, яка склалася на момент його вчинення. Тобто спеціально уповноважена особа держави обирає способи застосування сили, якими можуть бути застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів, вогнепальної зброї та інтенсивність (напрямок) їх застосування в залежності від суспільної небезпечності посягання з боку правопорушника та обстановки, яка склалася на момент такого посягання. Загальні критерії суспільної небезпеки тих чи інших видів посягань, відповідно до яких спеціально уповно-

важена особа держави повинна обирати той чи інший захід впливу до правопорушника, визначаються у спеціальних законах переліком випадків, при яких можна застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби чи вогнепальну зброю. Вони закріплені, відповідно, у статтях 13–15 Закону України «Про міліцію», статтях 582–584 Митного Кодексу України тощо [29, с. 16–17; 80, с. 206–207].

Тепер перейдемо до розгляду питання про перевищення спеціально уповноваженою особою держави меж застосування сили (заходів впливу), необхідних для здійснення службових владних повноважень. Ми вважаємо, що загальну назву для такого перевищення можна охарактеризувати як «перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень». Під такими заходами впливу, межі застосування яких можуть бути перевищені спеціально уповноваженою особою держави, ми будемо розуміти заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю. Спочатку визначимо саме поняття «перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень». Відповідно до викладених нами вище положень про межі застосування сили (заходів впливу) при здійсненні службових владних повноважень можна визначити, що «перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень», — це застосування спеціально уповноваженою особою держави такої сили (заходів впливу у таких об'ємах) до правопорушника, яка (які) явно не відповідає(ють) суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент його вчинення. В даному випадку, як і при розгляді питання про перевищення меж необхідної оборони у підрозділі 2.3, ми також опираємось при розгляді перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, на відповідність дій спеціально уповноваженої особи держави (у вигляді застосування до правопорушника заходів фізичного впливу, спеціальних

засобів та вогнепальної зброї) суспільній небезпечності посягання та обстановці, яка склалася на момент його вчинення, а не на відповідність таким критеріям заподіяння шкоди правопорушнику. Заподіяння шкоди правопорушнику повинно розглядатися лише як наслідок застосування заходів впливу спеціально уповноваженою особою держави, що може як виникнути, так і не виникнути. Наша позиція в даному випадку підтверджується і нормами спеціальних законів, наприклад, статтями 13–15 Закону України «Про міліцію», статтями 582–584 Митного Кодексу України, де вказується на право вчинення спеціально уповноваженою особою держави тих чи інших дій (застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів чи вогнепальної зброї) при виникненні різного роду посягань з боку правопорушника, а не на право заподіяння того чи іншого розміру шкоди (легких, середньої тяжкості, тяжких тілесних ушкоджень або смерті). Відповідно до цього ми запропонували у визначеній авторами у попередньому підрозділі статті 36^1 «Здійснення службових владних повноважень» частину 3 викласти наступним чином: «Перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, полягає у застосуванні спеціально уповноваженою особою держави такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент його вчинення. Перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених статтями 118 та 124 цього Кодексу». В даному визначенні основний акцент робиться саме на фразі про «застосування спеціально уповноваженою особою держави такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент його вчинення», а не про «заподіяння правопорушнику тяжкої шкоди, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент його вчинення».

На підставі цього розглянемо критерії, які можуть характеризувати суспільну небезпеку посягання з боку правопорушника та обстановку, яка склалася на момент його вчинення. Суспільна небезпека посягання з боку правопорушника, на нашу думку, визначається такими загальними критеріями: а) об'єктом посягання (наприклад, при посяганні на життя спеціально уповноваженої особи держави або інших людей можливо застосовувати заходи впливу, направлені на позбавлення життя правопорушника, однак при посяганні на власність, наприклад, при грабежі, застосування заходів впливу, направлених на позбавлення життя правопорушника, є явним перевищенням меж по застосуванню сили спеціально уповноваженою особою держави); б) фізичними даними особи правопорушника (зріст, вага, статура, вік, стать); в) наявністю і використанням правопорушником зброї для нападу чи опору (холодної, травматичної, вогнепальної); г) кількістю правопорушників (наприклад, вчинення ними групового нападу). Обстановка, в якій відбулося вчинення посягання, на нашу думку, визначається такими загальними критеріями: а) можливостями спеціально уповноваженої особи держави по застосуванню відповідних заходів впливу до правопорушника (наявністю при собі спеціальних засобів та вогнепальної зброї, кількістю спеціально уповноважених осіб); б) сукупністю зовнішніх факторів, які існували під час посягання (час доби, погодні умови, місце посягання — приміщення, багатолюдна вулиця, площа тощо).

Відповідно до викладених нами положень про перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, потрібно також розглянути питання про існування та характеристику такого виду кримінальної відповідальності, який описаний авторами у ч. 3 запропонованої ст. 36[1] КК України «Здійснення службових владних повноважень». На нашу думку, перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, як і

перевищення меж необхідної оборони, при існуючій його характеристиці через «застосування такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент його вчинення», повинно тягнути за собою кримінальну відповідальність лише у випадку заподіяння тяжкої шкоди життю та здоров'ю правопорушника (тяжких тілесних ушкоджень або смерті) і утворювати привілейовані склади злочинів, передбачені статтями 118 та 124 КК України.

Доцільність існування такого виду кримінальної відповідальності для спеціально уповноважених осіб держави та розміщення його у статтях 118 та 124 КК України пов'язано із тим, що: 1) як розглядалося нами у попередньому підрозділі, дії таких спеціально уповноважених осіб, вчинені з метою запобігання, припинення або захисту від суспільно небезпечних посягань, є здійсненням службових владних повноважень, а не необхідною обороною, у зв'язку з чим кримінальна відповідальність за умисне вбивство або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони до них застосовуватись не може; 2) існуючі у розділі XVII КК України злочини у сфері службової діяльності, наприклад, ст. 365 «Перевищення влади або службових повноважень» та інші склади службових злочинів, містять відповідальність за інші види злочинних дій спеціально уповноважених осіб держави, не пов'язані із перевищенням заходів впливу до правопорушника при запобіганні, припиненні або захисті від вчиненого ним суспільно небезпечного посягання, а також встановлюють достатньо суворі санкції за їх скоєння. У випадку доповнення цих статей, зокрема, ст. 365 КК України, відповідними положеннями та розміщення в їх диспозиції відповідальності за перевищення меж застосування сили (заходів впливу) при здійсненні службових владних повноважень, вони будуть містити надзвичайно великі за розміром покарання санкції (наприклад, ч. 2 ст. 365 КК України, пов'язана із

застосуванням фізичної сили, спеціальних засобів та зброї при перевищенні влади або службових повноважень, містить покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до восьми років) для спеціально уповноваженої особи, які не збігатимуться із санкціями, що встановлені статтями 118, 124 КК України для приватних осіб за перевищення меж необхідної оборони (обмеження волі на строк до трьох років або позбавлення волі на строк до двох років); 3) заподіяння при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, тяжкої шкоди життю і здоров'ю правопорушника у зв'язку із наявністю суспільно небезпечного посягання з його боку є привілейованим складом злочину проти життя і здоров'я особи (містить значні за своїм змістом пом'якшувальні обставини), який повинен розташовуватися саме у розділі II КК України «Злочини проти життя і здоров'я особи»; 4) існуючі кримінально-правові норми у статтях 118 та 124 КК України, що встановлюють кримінальну відповідальність за умисне вбивство чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень приватними особами при перевищенні меж необхідної оборони, у структурі своїх санкцій містять певні види покарань, які не можуть застосовуватися до всіх або окремих категорій спеціально уповноважених осіб держави (виправні роботи до працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, обмеження волі до військовослужбовців строкової служби), а також не мають необхідних альтернативних видів покарань (службові обмеження, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців), що обов'язково повинні існувати в якості відповідальності для певної категорії спеціально уповноважених осіб держави (військовослужбовців строкової служби). У зв'язку з цим такі норми не можуть використовуватися при призначенні покарання для спеціально уповноважених осіб держави, оскільки містять санкцію, яка за структурою та видами покарань побудована для використання лише щодо приватних осіб.

Тепер проаналізуємо більш детально питання про правову природу такої відповідальності за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, і про існуючі у науці кримінального права погляди відносно кваліфікації перевищення працівником правоохоронного органу, військовослужбовцем заходів, необхідних для виконання його службових обов'язків. В науковій літературі стосовно цього питання існують різні точки зору. Одна група вчених (А. І. Каплунов, В. І. Соловйов) вважають, що такого роду дія повинна розглядатися як злочин у сфері службової діяльності чи військовий злочин. Друга група вчених (М. М. Ісаєв, А. А. Піонтковський, М. І. Лупіносова) вважають, що такі дії лише зовні нагадають перевищення влади чи службових повноважень, але в дійсності таких ознак злочину не містять і є перевищенням меж необхідної оборони. Мотивуванням цього є те, що кваліфікація умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони, вчиненого працівником правоохоронного органу або військовослужбовцем при виконанні службових обов'язків за статтями про злочини у сфері службової діяльності та військові злочини, по суті, означала б виключення застосування правил про необхідну оборону до випадків відбиття зазначеними особами суспільно небезпечних посягань та невиправдано високу кримінальну відповідальність для них за вказані вище злочини [70, с. 8; 42, с. 36]. Переважаючою на сьогоднішній день у науці кримінального права України є саме точка зору другої групи вчених. У такому ж ракурсі склалися погляди щодо кваліфікації умисного вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень працівником правоохоронного органу, військовослужбовцем при перевищенні ним заходів впливу, необхідних для виконання службових обов'язків і в науці кримінального права Російської Федерації, де одні вчені пропонують розглядати такі дії як перевищення службових повноважень із застосуванням насильства, зброї чи спеціальних засобів (ч. 3 ст. 286

КК РФ) та покаранням за це у вигляді позбавлення волі від трьох до десяти років, а інші вчені, думка яких є більш виваженою та домінуючою, як перевищення меж необхідної оборони (статті 108 та 114 КК РФ) із набагато м'якшим покаранням [42, с. 36]. Таким чином, можемо зазначити, що на сьогоднішній день в науковій літературі склалася загальна думка про те, що при захисті працівників правоохоронних органів, військовослужбовців від суспільно небезпечних посягань у процесі виконання обов'язків служби, що за своїм змістом відповідає захисним діям звичайних громадян від суспільно небезпечного посягання при необхідній обороні, не повинно існувати настільки суворої кримінальної відповідальності як за перевищення влади або службових повноважень. Така відповідальність працівників правоохоронних органів, військовослужбовців повинна розглядатися в рамках санкцій, які передбачають відповідальність за перевищення меж необхідної оборони.

Перейдемо до створення моделі законодавчої конструкції для кримінальної відповідальності за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, у статтях 118 та 124 КК України. Якщо розглядати подібну до неї кримінально-правову відповідальність, яка існує у Особливій частині КК України за перевищення меж необхідної оборони, то можна зазначити, що вона визначається у двох складах злочину в наступному формулюванні: 1) умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК України); 2) умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони (ст. 124 КК України). Вказані склади злочинів є привілейованими, тобто різновидами таких складів злочинів, як «умисне вбивство» і «умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень» із пом'якшувальними обставинами (наявністю стану необхідної оборони у зв'язку із суспільно небезпечним посяганням), та передбачають порівняно з ними набагато мен-

ші за розміром покарання санкції. При цьому за заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони законодавцем кримінальна відповідальність у Особливій частині КК України взагалі не передбачається, що, на нашу думку, є правильною декриміналізацією цих діянь.

Безпосередньо законодавчої характеристики кримінальної відповідальності за перевищення заходів впливу (застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї до правопорушника), необхідних для здійснення службових владних повноважень, у нормах Особливої частини КК України законодавцем не передбачено. Ми вважаємо, що у зв'язку із викладеною авторами у попередньому підрозділі пропозицією визначення у статті 36^1 розділу VIII КК України «Здійснення службових владних повноважень» як обставини, що виключає злочинність діяння, можливо запропонувати та законодавчо охарактеризувати у розділі II Особливої частини КК України, по аналогії із складами злочинів за перевищення меж необхідної оборони, два привілейовані склади злочину за перевищення меж застосування сили (заходів впливу) по вказаній обставині, що виключає злочинність діяння:

1) умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень;

2) умисне вбивство правопорушника, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень [103, с. 140].

Вказані склади злочинів, на нашу думку, доцільно розмістити у частині 2 статей 118 та 124 Особливої частини КК України, а у частині 1 цих статей будуть знаходитися відповідні привілейовані склади злочинів за перевищення меж необхідної оборони. Також ми вважаємо, що, по аналогії із необхід-

ною обороною, за заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень правопорушнику при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, кримінальна відповідальність у Особливій частині КК України для спеціально уповноважених осіб держави передбачатись не повинна. Це буде правильною декриміналізацією таких діянь, тому що заподіяння незначних за ступенем тяжкості тілесних ушкоджень правопорушнику у порівнянні із суспільною небезпечністю здійснюваного з його боку посягання не повинно впливати на правомірність і суспільну корисність вчинку спеціально уповноваженої особи держави, незважаючи на деяке перевищення меж по застосуванню сили.

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

– ч. 2 ст. 118: «Умисне вбивство правопорушника, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень,

– карається арештом на строк від трьох до шести місяців, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк від одного до двох років, або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років»;

– ч. 2 ст. 124: «Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень,

– карається громадськими роботами на строк від двохсот до двохсот сорока годин, або службовим обмеженням на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або

обмеженням волі на строк до трьох років, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років» [103, с. 141].

Для порівняння наведемо існуючі у ч. 1 статей 118 та 124 КК України склади злочинів для приватної особи за перевищення меж необхідної оборони:

– ч. 1 ст. 118: «Умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, а також у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця,

– карається виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років»;

– ч. 1 ст. 124 «Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця,

– карається громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років».

В даному випадку ми пропонуємо щодо злочинів, пов'язаних із умисним вбивством чи заподіянням тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, у порівнянні із аналогічними складами злочинів для приватних осіб за перевищення меж необхідної оборони трохи збільшити вищу та нижчу межу їх санкцій, а також дещо змінити види та систему покарань для спеціально уповноважених осіб держави. Зміни у видах та системі покарань пов'язані із неможливістю застосування до всіх або окремих категорій спеціально уповноважених осіб держави певних видів покарань, які існують у складах злочинів за перевищення меж необхідної оборони та необхідністю визначення додаткових видів покарань, характерних лише для відповідної кате-

горії спеціально уповноважених осіб. Розглянемо такі зміни докладніше.

За умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень (ч. 2 ст. 124 КК України), ми пропонуємо:

а) виключити вид покарання у вигляді «виправних робіт на строк до двох років», який відповідно до ч. 2 ст. 57 КК України не може застосовуватися до працівників правоохоронних органів та військовослужбовців. При цьому ми здійснюємо його заміну для військовослужбовців на більш притаманний для цієї категорії спеціально уповноважених осіб держави вид покарання у вигляді «службових обмежень» на строк до двох років. Також ми збільшуємо розмір такого виду покарання, як «громадські роботи», встановлюючи його нижчу межу у розмірі від двохсот годин, замість існуючої у ч. 1 ст. 124 КК України нижчої межі від ста п'ятдесяти годин. Крім того, потрібно зазначити, що відповідно до ч. 3 ст. 56 КК України громадські роботи не можуть призначатися у якості покарання такій категорії спеціально уповноважених осіб держави, як військовослужбовці строкової служби. Таким чином, ми трохи збільшуємо нижчу межу покарання за умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень у порівнянні із аналогічним складом злочину за перевищення меж необхідної оборони, яка буде розпочинатися для всіх категорій спеціально уповноважених осіб держави із громадських робіт строком від двохсот до двохсот сорока годин, а окремо для військовослужбовців строкової служби — із службових обмежень на строк до двох років;

б) залишивши, як і у випадку перевищення меж необхідної оборони, верхній вид покарання у вигляді «обмеження волі», дещо збільшити його можливу верхню межу із двох

років до трьох років. Також ми доповнюємо ч. 2 ст. 124 КК України таким видом покарання, як «тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців», який є притаманним для військовослужбовців строкової служби, оскільки відповідно до ч. 3 ст. 61 КК України покарання у вигляді обмеження волі не може застосовуватися до військовослужбовців строкової служби. При цьому ми встановлюємо максимальний розмір покарання у вигляді тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, який відповідно до ч. 1 ст. 62 КК України складає до двох років. Таким чином, ми трохи збільшуємо верхню межу покарання за умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень у порівнянні із аналогічним складом злочину за перевищення меж необхідної оборони, і встановлюємо її для всіх категорій спеціально уповноважених осіб держави у вигляді обмеження волі на строк до трьох років, а для військовослужбовців строкової служби передбачаємо у якості верхньої межі лише притаманний їм вид покарання — тримання у дисциплінарному батальйоні із максимально можливим строком до двох років.

За умисне вбивство правопорушника, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, ми пропонуємо:

а) виключити вид покарання у вигляді «виправних робіт на строк до двох років», який відповідно до ч. 2 ст. 57 КК України не може застосовуватися до працівників правоохоронних органів та військовослужбовців і, крім того, на нашу думку, не може відповідати ступеню тяжкості такого злочину. Доповнити нижню межу покарання за цей злочин для спеціально уповноважених осіб держави таким видом покарання, як «арешт», встановивши його строк від трьох до шести місяців, а для військовослужбовців строкової служби визначити

лише притаманний їм вид покарання — «тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців» із строком від одного до двох років. Таким чином, ми трохи збільшуємо нижчу межу покарання за умисне вбивство, вчинене при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, у порівнянні із аналогічним складом злочину за перевищення меж необхідної оборони, яка буде розпочинатися для всіх категорій спеціально уповноважених осіб держави із арешту строком від трьох до шести місяців, а також доповнюємо санкцію видом покарання, який притаманний лише для окремих категорій спеціально уповноважених осіб держави;

б) залишивши, як і у випадку перевищення меж необхідної оборони, верхній вид покарання у вигляді «позбавлення волі», дещо збільшити його можливу верхню межу із двох років до трьох років. Також ми збільшуємо розмір такого виду покарання, як «обмеження волі», встановлюючи його верхню межу у розмірі до чотирьох років, замість існуючої у ч. 1 ст. 118 КК України верхньої межі до трьох років. Таким чином, ми трохи збільшуємо верхню межу покарання за умисне вбивство, вчинене при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень у порівнянні із аналогічним складом злочину за перевищення меж необхідної оборони. і встановлюємо її для всіх категорій спеціально уповноважених осіб держави у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років.

Загалом на підставі викладених нами вище міркувань вважаємо, що покарання до спеціально уповноважених осіб держави за умисне вбивство чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинені при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, повинно бути дещо суворіше, ніж до приватних осіб (звичайних громадян) за аналогічні склади злочинів, пов'язані із перевищенням меж необхідної оборони, оскільки, на відміну від звичайних

громадян, такі спеціально уповноважені особи можуть реально оцінити характер та ступінь небезпеки посягання під час здійснення своїх службових владних повноважень і використати найбільш доцільні заходи та методи реагування на суспільно небезпечне посягання відповідно до існуючих службових наказів та інструкцій. На нашу думку, саме такий баланс відповідальності (розмір санкцій) за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, є оптимальним для спеціально уповноважених осіб держави, оскільки він є трохи вищим за верхньою та нижньою межею покарання, ніж для приватних осіб за перевищення меж необхідної оборони, і в той же час є набагато нижчим, ніж існуюча відповідальність (санкції) за перевищення влади або службових повноважень. Такий баланс кримінальної відповідальності для спеціально уповноважених осіб держави враховує думки різних груп науковців, які склалися у сучасній науці кримінального права [70, с. 8; 42, с. 36], усереднено за якими відповідальність спеціально уповноважених осіб держави при перевищенні меж захисту від суспільно небезпечних посягань, з однієї точки зору, повинна бути вищою, ніж відповідальність за такі дії приватних осіб, але в той же час, з інших точок зору, не настільки суворою, як відповідальність за перевищення влади або службових повноважень.

Перейдемо до безпосереднього аналізу юридичного складу визначених нами у частині 2 статей 118 і 124 Особливої частини КК України складів злочинів за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень. Кваліфікація за такими складами злочинів повинна здійснюватися у випадку вбивства або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику при перевищенні спеціально уповноваженою особою держави заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, тобто при застосуванні такої сили (засобів впливу у таких об'ємах), яка (які) явно не відповідає(ють) суспільній небез-

печності посягання з боку правопорушника та обстановці, що склалася на момент його вчинення. За своїм юридичним складом ці злочини характеризуються наступними елементами: об'єктом; об'єктивною стороною; суб'єктом; суб'єктивною стороною.

Об'єктом злочинів, пов'язаних із перевищенням заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, виступає життя та здоров'я правопорушника. Специфікою складів таких злочинів, що відрізняє їх від загального умисного вбивства та заподіяння тяжких тілесних ушкоджень і робить привілейованими, є особа потерпілого, яким виступає правопорушник — особа, яка вчиняє або намагається вчинити суспільно небезпечне посягання, що з позиції кримінально-правової оцінки є кримінальним правопорушенням (злочином).

Об'єктивна сторона злочинів, пов'язаних із перевищенням заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, характеризується: діями у вигляді застосування заходів впливу до правопорушника, спрямованих на заподіяння шкоди його життю і здоров'ю; наслідками у вигляді заподіяння правопорушнику смерті або тяжких тілесних ушкоджень; причинним зв'язком між зазначеними діями та наслідками; певною обстановкою, яка склалася під час суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника. Якщо при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, правопорушнику умисно заподіяно тяжке тілесне ушкодження, від якого настала його смерть, за відсутності умислу на позбавлення життя дії винної спеціально уповноваженої особи держави слід кваліфікувати за ст. 124 КК України, а саме — як умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень.

Суб'єкт таких складів злочинів є спеціальним. Ним виступає спеціально уповноважена особа держави, під поняттям

якої, відповідно до приміток запропонованої нами у попередньому підрозділі ст. 36[1] «Здійснення службових владних повноважень», потрібно розуміти працівників міліції, Служби безпеки України, органу доходів і зборів, військовослужбовців та інших категорій осіб, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України. При цьому така спеціально уповноважена особа держави повинна при здійсненні своїх службових владних повноважень знаходитись у стані запобігання, припинення чи захисту від суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника. Якщо буде встановлено, що спеціально уповноважена особа не перебувала у такому стані, вчинене нею за наявності таких підстав діяння слід кваліфікувати за ст. 365 КК України або за ст.ст. 115, 118 КК України в залежності від особливостей обстановки, яка склалася, і наслідків.

Суб'єктивна сторона таких злочинів характеризується прямим або непрямим умислом. При цьому свідомістю винної спеціально уповноваженої особи держави має охоплюватись той факт, що вона діє з метою запобігання, припинення чи захисту від суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника. Мотивація її дій при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, має бути головним чином обумовлена бажанням захиститися від суспільно небезпечного посягання чи припинити його. Такий злочин вважається закінченим з моменту настання смерті правопорушника або заподіяння йому тяжкого тілесного ушкодження.

Тепер потрібно детально розглянути та розмежувати запропоновану нами кримінальну відповідальність за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень від кримінальної відповідальності за перевищення влади або службових повноважень. У Особливій частині КК України для спеціально уповноважених осіб

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

Спочатку треба зазначити, що питання перевищення влади або службових повноважень у судовій практиці для працівників правоохоронних органів і військовослужбовців у багатьох положеннях тлумачаться Постановою Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26.12.2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень». Відповідно до п. 5 цієї постанови, в якому перелічені дії, що складають об'єктивну сторону такого складу злочину, під перевищенням влади або службових повноважень необхідно розуміти:

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

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

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

г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти [123, с. 7].

Якщо порівняти між собою об'єктивні сторони складів злочинів за «перевищення влади або службових повноважень» і за «перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень», то можна визначи-

ти, що хоча в процесі здійснення службових владних повноважень працівник правоохоронного органу, військовослужбовець і допускає перевищення застосування заходів впливу, необхідних для їх здійснення, тобто використовує більший об'єм сили і завдає більшу шкоду правопорушнику, ніж та, яка потрібна для запобігання, припинення чи захисту від суспільно небезпечного посягання, однак він має право на застосування таких заходів впливу відповідно до норм спеціального закону, що регулює його діяльність. Але при перевищенні влади або службових повноважень він здійснює такі владні повноваження та застосовує такі заходи впливу до правопорушника, на які в даній ситуації не має права взагалі і які спеціальний закон, що регулює його діяльність, не дозволяє у даній ситуації йому використовувати [103, с. 139].

Наприклад, працівник міліції, зіткнувшись із суспільно небезпечним посяганням з боку правопорушника під час здійснення своїх службових владних повноважень, застосував вогнепальну зброю для захисту від нападу озброєного ножем правопорушника, який з відстані трьох метрів нападав на нього, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 15 Закону України «Про міліцію», але при цьому стріляв не по кінцівках правопорушника, а в груди, чим заподіяв йому смерть. В цьому випадку працівник міліції перевищив межі застосування заходів впливу, необхідні для здійснення службових владних повноважень, оскільки повинен був стріляти по кінцівках злочинця, який знаходився від нього на відстані трьох метрів і не становив безпосередньої загрози його життю та здоров'ю, тобто використав більший об'єм застосованої сили, неправильно співвіднісши суспільну небезпечність нападу і обстановку захисту. Однак, якщо, наприклад, працівник міліції застосував вогнепальну зброю проти особи, яка вчинювала дрібне хуліганство (адміністративне правопорушення) або проти особи, яка хоча і вчинила злочин, однак після вчинення злочину не здійснювала агресивні дії і не намагалася напасти на працівника міліції,

тобто не у випадках, передбачених ст. 15 Закону України «Про міліцію», то він повинен нести відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, відповідно до ст. 365 КК України.

Потрібно також окремо зазначити, що позиція про можливість застосування у службовій діяльності спеціально уповноважених осіб держави різних обставин, що виключають злочинність діяння, зокрема, крайньої необхідності, а також про відсутність в такому випадку ситуацій перевищення влади або службових повноважень, підтверджується і положеннями самої Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень». Так, відповідно до п. 15 цієї постанови: «коли службова особа перевищила владу або службові повноваження з метою запобігти шкідливим наслідкам, більш значним, ніж фактично заподіяна шкода, і їх не можна було відвернути іншими засобами, її дії як вчинені в стані крайньої необхідності відповідно до ст. 39 КК не можуть бути визнані злочинними» [123, с. 8].

Отже, ми можемо зазначити, що кримінально-правова норма про перевищення влади або службових повноважень є загальною для спеціально уповноважених осіб держави, а кримінально-правова норма про перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень — спеціальною нормою, оскільки вона підлягає застосуванню лише у випадку перевищення допустимої міри заподіяння шкоди при застосуванні заходів впливу вказаними особами до правопорушника під час запобігання, припинення та захисту від суспільно небезпечних посягань.

Розглянемо співвідношення загальної та спеціальної норм про кримінальну відповідальність спеціально уповноваженої особи держави на конкретному прикладі з практики. Так, 23 жовтня 2010 року дільничний інспектор Синельніківського міськівідділу міліції Дніпропетровської області заступив на чергування з охорони бюлетенів на територіальній виборчий комісії в селищі Старовишневецьке. Бюлетені зберігалися у приміщенні сільради. Відповідно до інструкції, правоохоронець мав через певний проміжок часу виходити на вулицю та оглядати прилеглу територію. Під час одного із таких оглядів близько другої ночі міліціонер вийшов на вулицю та побачив двох підлітків, які були у нетверезому стані та вчепилися до нього із погрозами. На попередження про можливість застосування зброї підлітки не відреагували, а навпаки, наближаючись до міліціонера, висловили намір заволодіти його зброєю [166].

Правоохоронець, керуючись статтею 15^1 Закону України «Про міліцію», оголив табельну вогнепальну зброю і, зробивши два попереджувальних постріли вгору, наказав підліткам залишатись на місці. Однак на цю вимогу працівника міліції підлітки не відреагували і, висловивши сумнів щодо наявності в пістолеті бойових набоїв, здійснили груповий напад на працівника міліції. В свою чергу, міліціонер, захищаючись, зробив три постріли по ногах одного з нападників, який наближався до міліціонера спереду, чим поранив його. В цей час другий нападник, обхопивши працівника міліції ззаду за тулуб двома руками, намагався вихопити зброю. Дільничний інспектор, переклавши пістолет у ліву руку, з-під пахви зробив постріл у бік нападника, спричинивши останньому смертельне вогнепальне поранення в області правого плеча, від якого той невдовзі помер.

Згідно з проведеним у лікарні медичним обстеженням працівника міліції та нападників на предмет наявності у їх крові алкоголю та наркотичних засобів працівник міліції знаходився у тверезому стані, а двоє нападників — у нетверезому. За результатами проведеного службового розслідування Синельниківською міжрайонною прокуратурою дії дільничного інспектора міліції щодо застосування табельної вогнепальної зброї були визнані правомірними [166].

Таким чином, можемо зазначити, що в даному випадку працівник міліції при здійсненні своїх службових владних повноважень застосував вогнепальну зброю правомірно, відповідно до ст. 15[1] Закону України «Про міліцію», оскільки він спочатку оголив вогнепальну зброю і попередив правопорушників про можливість її застосування, а вже потім застосував її при груповому нападі на себе, який загрожував його життю і здоров'ю, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 15 Закону України «Про міліцію» стріляючи спочатку по ногах першого нападника з метою попередження нападу на себе, а вже потім на ураження другого нападника з метою відбиття безпосереднього нападу ззаду на себе, направленого на заволодіння вогнепальною зброєю. Загальна норма про перевищення влади або службових повноважень могла в цьому випадку мати місце, якби працівник міліції дістав вогнепальну зброю та відкрив вогонь без нападу на нього підлітків, тобто застосував би вогнепальну зброю без наявності правової підстави, яка передбачена п. 2 ч. 1 ст. 15 Закону України «Про міліцію». Спеціальна норма про перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, в даному випадку могла мати місце, якби працівник міліції відкрив вогонь не по ногах першого нападника, який наступав на працівника міліції з відстані кількох метрів без зброї, а одразу вистрелив би в нього на ураження, оскільки в такому випадку застосована сила не відповідала би суспільній небезпеці посягання та обстановці захисту.

Для більш точного розрізнення цих видів кримінальної відповідальності розглянемо практичні приклади перевищення влади або службових повноважень при незаконному застосуванні сили спеціально уповноваженими особами держави. Так, 01 жовтня 2008 р. біля 24:00 працівники роти міліції особового призначення «Беркут» УМВС України у Вінницькій області В., Р. і Т., знаходячись на службі по охороні громадського порядку, заїхали на заправку АЗС «WELLS» у м. Вінниці, де побачили К., який голосно розмовляв з друзями, але не

вчиняв протиправних дій. В. і Р., підійшовши ззаду до К., нанесли йому удар по ногах і, після того як К. впав на асфальт, здійснили йому залом руки за спину, наділи наручники та відвели до службового автомобіля УАЗ «Патріот» із спеціальними номерними знаками «1084». Після цього працівники «Беркут» відвезли К. до диспансеру для проведення медичного огляду на предмет вживання алкоголю, де К. проходити медичний огляд відмовився. Тоді В., Р. і Т., побивши К., доставили його до ВМУ УМВС у Вінницькій області, де склали рапорти про непокору К. законному розпорядженню працівника міліції і неправдиві пояснення свідків, які не перебували на місці пригоди. Стосовно неправомірного застосування фізичної сили та спеціальних засобів Староміським районним судом м. Вінниці працівників «Беркут» В., Р. і Т. було визнано винними у перевищенні влади та службових повноважень і за ч. 2 ст. 365 КК України кожному з них було призначено покарання у вигляді чотирьох років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади у сфері службової діяльності строком на три роки [11]. Тобто за даних обставин працівники роти міліції особового призначення «Беркут» В., Р. і Т. перевищили свої службові владні повноваження по застосуванню сили, оскільки застосували фізичну силу та спеціальний засіб (наручники) до громадянина К. без наявності відповідних правових підстав (випадків), передбачених статтями 12-14 Закону України «Про міліцію».

29 листопада 2008 року для несення служби з охорони громадського порядку, у Святошинському РУ ГУМВС України в місті Києві старший солдат М. разом з іншими солдатами Н. і О. військової частини № 3027 внутрішніх військ МВС України були задіяні до виконання завдань з охорони громадського порядку на території Святошинського району міста Києва. В той же день, близько 18 години 15 хвилин, коли Д. разом із своїм знайомим Г., після спільного розпивання спиртних напоїв знаходилися на кінцевій зупинці тролейбусного

маршруту № 7, їх затримав наряд охорони порядку і доставив до Святошинського РУ ГУМВС України в місті Києві для складання адміністративного протоколу про появу в громадському місці у нетверезому вигляді. По прибуттю до райвідділу правопорушники Д. і Г. були розміщені на лавці за робочим столом, який розташований в холі зліва від чергової частини, а наряд, який їх доставив, відбув на свій маршрут патрулювання для перевірки інформації про вчинення злочину, яка надійшла до райвідділу [12].

Того ж дня близько 18 години 45 хвилин до Святошинського РУ ГУМВС України в місті Києві постом охорони громадського порядку у складі старшого солдата внутрішніх військ М. та солдатів Н. і О. було доставлено інших осіб з метою притягнення їх до адміністративної відповідальності за розпивання спритних напоїв у громадських місцях. Після складання рапорту про вчинення адміністративного правопорушення, старший солдат внутрішніх військ М. на лавці за робочим столом, який розташований в холі навпроти чергової частини, почав навчати солдатів Н. і О. правильності складання таких рапортів. В цей час прапорщик міліції з чергової частини Р. завів Д. і Г., які сиділи на лавці біля чергової частини, до чергової частини і почав перевіряти разом з лейтенантом міліції С., чи не притягалися ці правопорушники раніше до адміністративної відповідальності за аналогічні правопорушення. Під час такої перевірки лейтенант міліції С. помітив, що Д. намагається з кимось зв'язатись по мобільному телефону, і зробив йому зауваження, щоб він не розмовляв по телефону, однак затриманий Д. ніяким чином не зреагував на це зауваження, у зв'язку з чим лейтенант міліції С. підбіг до нього та долонею своєї руки наніс йому удар по обличчю. У свою чергу старший солдат внутрішніх військ М., побачивши це, з метою подолання протидії затриманого Д. вимогам працівників міліції, діючи умисно, явно виходячи за межі наданих йому повноважень, передбачених статтями 12 та 13 Закону України «Про

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

Відповідно до розглянутих нами положень та практичних прикладів по застосуванню заходів впливу спеціально уповноваженими особами держави ми можемо зробити висновок про необхідність розмежування у судовій практиці між кри-

мінальною відповідальністю за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, та кримінальною відповідальністю за перевищення влади або службових повноважень і закріплення такого розмежування у п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень». На нашу думку, різницю між цими видами кримінальної відповідальності для спеціально уповноваженої особи держави у їх об'єктивній стороні можливо викласти наступним чином:

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

Тепер нам потрібно розглянути також співвідношення між кримінальною відповідальністю за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повнова-

жень, і кримінальною відповідальністю за перевищення меж необхідної оборони для спеціально уповноваженої особи держави. Це співвідношення безпосередньо залежить від використання спеціально уповноваженою особою держави необхідної оборони або запропонованої нами обставини — здійснення службових владних повноважень у своєму приватному та службовому житті, що визначається в залежності від обставин, за яких ця особа зіткнулась із суспільно небезпечним посяганням та здійснює його запобігання, припинення чи захист від нього. У разі, якщо спеціально уповноважена особа держави піддалася суспільно небезпечному посяганню під час своєї службової діяльності в процесі здійснення службових владних повноважень, її дії необхідно оцінювати з точки зору законодавства про здійснення службових владних повноважень і дотримання норм спеціальних законів, що регулюють її діяльність. В тих випадках, коли спеціально уповноважена особа держави піддалася суспільно небезпечному посяганню не під час здійснення своїх службових владних повноважень, а в приватному житті як звичайний громадянин — її дії необхідно оцінювати з точки зору законодавства про необхідну оборону. Відповідно, умисне вбивство або умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, вчинене службовою особою в приватному житті при перевищенні меж необхідної оборони, кваліфікується за ч. 1 ст. 118 або 124 КК України [123, с. 8]. Однак, коли спеціально уповноважена особа держави зіткнулась із суспільно небезпечним посяганням в приватному житті, але була у форменому одязі працівника правоохоронного органу чи, відрекомендувавшись працівником відповідного правоохоронного органу, висунула до правопорушника владні вимоги, то її дії також повинні оцінюватися з точки зору законодавства про здійснення службових владних повноважень і дотримання норм спеціальних законів, що регулюють її діяльність.

Загалом же, проаналізувавши правову природу кримінальної відповідальності за перевищення заходів впливу, необхід-

них для здійснення службових владних повноважень, ми можемо зазначити, що застосування спеціально уповноваженою особою держави заходів впливу і заподіяння шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень може включати в себе різноманітну кількість складних практичних випадків, пов'язаних із запобіганням, припиненням або захистом від суспільно небезпечного посягання. Тому доцільно провести деяку узагальнену класифікацію і виділити певні види заподіяння шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, які будуть залежати від конкретних особливостей суспільно небезпечного посягання з боку правопорушника. На підставі розглянутого нами у підрозділі 2.3 прикладу виділення певних видів необхідної оборони в залежності від особливостей суспільно небезпечного посягання, ми вважаємо, що можливо виділити наступні види заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень:

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

Загальний вид заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень полягає у тому, що суспільно небезпечне посягання, яке вчинюється правопорушником або особа правопорушника не має ніяких особливостей, передбачених у законі, і тому спеціально уповноважена особа держави застосовує заходи впливу до правопорушника, пов'язані із заподіянням йому шкоди у загальному порядку, відповідно до норм спеціального закону, що регулює її діяльність.

Привілейований вид заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень полягає у певних фізичних або біологічних особливостях особи правопорушника, які визначені у спеціальному законі, що регулює діяльність спеціально уповноважених осіб держави і наявність яких обмежує можливість застосування заходів впливу, пов'язаних із заподіянням шкоди правопорушнику у випадку вчинення ним суспільно небезпечного посягання. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 12 Закону України «Про міліцію», ч. 2 ст. 583, ч. 3 ст. 584 Митного кодексу України забороняється застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю до таких категорій осіб, як:

а) жінки з явними ознаками вагітності;
б) малолітні;
в) інваліди з явними ознаками інвалідності;
г) особи похилого віку [29, с. 16; 80, с. 207].

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

В законодавстві відсутні ознаки, за допомогою яких звичайну людину можна візуально віднести до привілейованих категорій осіб-правопорушників. Можливо зазначити, що поняття «особа похилого віку» не можна ототожнювати з поняттям «пенсіонер», оскільки для деяких категорій працівників зі шкідливими умовами праці (шахтарі, робітники хімічної промисловості, сталевари та інші) призначення пенсії здійснюється значно раніше пенсійного віку. Тому до осіб похилого віку необхідно відносити тих людей, яких спеціально уповноважена особа держави сприймає як фізично неспроможних внаслідок вікових змін створювати небезпеку для життя та здоров'я громадян. Жінок з явними ознаками вагітності необхідно розглядати такими, якщо вони візуально можуть бути визнані вагітними на день вчинення правопору-

шення. До малолітніх осіб відповідно до Кримінального кодексу України необхідно відносити осіб, які не досягли 14 років, що на практиці потрібно візуально визначати за допомогою їх антропометричних даних. Поняття «інвалід», «особа з явними ознаками інвалідності» є також оціночними категоріями, оскільки, як відомо, при відсутності одного ока у людини вона, безумовно, вважається за чинним законодавством інвалідом. Але це зовсім не означає того, що відносно такої людини не може бути застосовано силу при вчиненні нею суспільно небезпечного посягання. Під явними ознаками інвалідності для незастосування до особи заходів впливу потрібно розуміти такі каліцтва чи вроджені вади, з огляду на які вона не може фізично створити небезпеку життю чи здоров'ю спеціально уповноваженої особи держави або інших людей. Таким чином, можна зазначити, що вказані категорії привілейованих осіб-правопорушників, відносно яких заборонено або обмежено право на застосування сили, є «оціночними», і в кожному конкретному випадку вони повинні визначатись спеціально уповноваженими особами держави візуально в залежності від їх фізичних чи біологічних даних.

Спеціальний вид заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень полягає у тому, що саме посягання, яке здійснюється з боку правопорушника, в силу певних його характеристик становить підвищену суспільну небезпеку для спеціально уповноваженої особи держави або інших людей чи для державних або суспільних інтересів. До цієї групи посягань, на нашу думку, необхідно відносити:

а) запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину;

б) озброєний напад чи опір спеціально уповноваженій особі держави;

в) груповий напад на спеціально уповноважену особу держави.

Саме підвищена суспільна небезпека такого роду посягань досить часто призводить до загибелі або тяжких ушкоджень здоров'ю спеціально уповноважених осіб держави [138]. Наведемо з цього приводу приклад озброєного опору працівникам міліції з практики: 7 липня 2010 року о 22:00 на проспекті Людвіга Свободи у м. Харкові наряд патрульно-постової служби у складі двох інспекторів Т. і Д., які несли службу по охороні громадського порядку, помітили підозрілого чоловіка К., який був незвичайним чином одягнений у чорний одяг та мав хірургічні рукавички на руках. В руках у К. був великий предмет, завернутий у ганчірку, і сумка. Інспектори ДПС вирішили перевірити у нього документи та попросили зупинитись. Однак під час перевірки документів К., діставши із сумки газовий балончик та бризнувши з нього в співробітників міліції, почав тікати. Інспектори ДПС Т. і Д. кинулися наздоганяти його. Під час погоні до інспекторів ДПС приєднався співробітник Державної служби охорони Р., який, побачивши з автомобіля переслідування, запропонував інспекторам свою допомогу. Міліціонери розділилися та почали шукати правопорушника. 33-літній старший сержант міліції Т. пішов до гаражів, які розташовувались в районі будинку № 13 по вул. Ахсарова. К. сховався поміж гаражами в темному місці і дістав із ганчірки автомат. Побачивши старшого сержанта міліції Т., який зі зброєю в руках наближався до гаражів, К. випустив в нього дві автоматні черги і смертельно поранив його. Падаючи, смертельно поранений Т. встиг лише тричі вистрелити в асфальт. Після цього К. зник з місця події. Наступного дня, коли після проведення оперативно-розшукових заходів було встановлено місцезнаходження К. і відбувалось його затримання в будинку, де він проживав. К. в процесі затримання поранив ще двох співробітників кримінального розшуку, які, в свою чергу, застосувавши вогнепальну зброю, поранили та затримали К. [81].

Тому спеціально уповноважені особи держави повинні чітко усвідомлювати та розуміти існування певної групи посягань з боку правопорушників, які становлять підвищену суспільну небезпеку для держави і суспільства, життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи або інших людей та при яких можливо заподіяння будь-якої шкоди правопорушнику. Заподіяння такої шкоди в будь-якому випадку повинно визнаватись правомірним суспільно корисним вчинком, про що зазначалося авторами у попередньому підрозділі при характеристиці частини 2 запропонованої ними статті 36[1] «Здійснення службових владних повноважень».

Розглянемо таку групу посягань з підвищеним рівнем суспільної небезпеки більш докладніше. Запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину означає, що з боку правопорушника вчинюється особливо тяжкий злочин, який завдає найбільш значної шкоди охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам. Особливо тяжким злочином відповідно до ст. 12 КК України є злочин, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад десять років або довічне позбавлення волі, а також штраф у розмірі понад 25 тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян [54, с. 9]. До особливо тяжких злочинів відносяться, зокрема, такі розповсюджені злочини, як умисне вбивство (ст. 115 КК України), розбій, поєднаний з проникненням у житло, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень, вчинений організованою групою або спрямований на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах (ч. 3, 4 ст. 187 КК України), групове зґвалтування (ч. 3 ст. 152 КК України), бандитизм (ст. 257 КК України), терористичний акт (ч. 2, 3 ст. 258 КК України) та інші. Під час вчинення такої групи особливо тяжких злочинів спеціально уповноважена особа держави повинна мати безумовне право (без будь-яких обмежень) на застосування вогнепальної зброї та на заподіяння будь-якої, в тому числі і тяжкої, шкоди правопорушнику з метою запобігання або припинення цих злочинів.

Вчинення правопорушником збройного нападу або опору по відношенню до спеціально уповноваженої особи держави передбачає використання ним будь-якого виду зброї, яка може спричинити тілесні ушкодження, небезпечні для життя і здоров'я спеціально уповноваженої особи в момент їх нанесення. Такі дії правопорушника під час їх вчинення та в залежності від наслідків будуть утворювати в першу чергу відповідні склади злочинів проти авторитету органів державної влади, передбачені розділом XV КК України, а в другу чергу, після їх закінчення, склади злочинів проти життя і здоров'я особи, передбачені розділом II КК України. Так, опір працівнику правоохоронного органу, в тому числі шляхом насильства або погрози застосування насильства, утворює склад злочину, передбачений частинами 2, 3 ст. 342 КК України. Умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості утворює склад злочину, передбачений частинами 2-4 ст. 345 КК України. При заподіянні смерті працівнику правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ним своїх службових обов'язків утворюється склад злочину, передбачений п. 8 ч. 2 ст. 115 КК України. Таким чином, ми бачимо, що вчинення правопорушником збройного нападу або опору по відношенню до спеціально уповноваженої особи держави є кримінально караним діянням, що за своїм змістом і наслідками утворює різні склади злочинів проти авторитету органів державної влади та життя і здоров'я особи, в тому числі тяжкі і особливо тяжкі, передбачені відповідними статтями Кримінального кодексу України.

Розглянемо детальніше поняття збройного нападу або опору. Під збройним опором розуміється активна фізична протидія правопорушника із застосуванням зброї щодо спеціально уповноваженої особи держави при здійсненні нею своїх службових владних повноважень, направлена на заподіяння шкоди її життю і здоров'ю. Збройний напад передбачає раптову, короткочасну, агресивну, насильницьку дію правопорушника,

вчинену із застосуванням зброї по відношенню до спеціально уповноваженої особи держави і направлену на заподіяння шкоди її життю і здоров'ю. Під зброєю слід розуміти предмети (пристрої), призначені для ураження живої чи іншої цілі, які відповідають стандартним зразкам або історично виробленим типам. Такі предмети (пристрої) можуть бути виготовлені заводським способом, у т. ч. за спеціальним замовленням правопорушника, або іншим способом і знаходитись на озброєнні військових формувань України або бути знятими з нього та з виробництва. Вони можуть мати воєнне, спортивне, мисливське чи інше призначення і при цьому бути повністю справними або мати дефекти, які однак не впливають на їх бойові властивості.

Вчинення групового нападу правопорушниками на спеціально уповноважену особу держави означає здійснення групою правопорушників (двоє та більше осіб) одночасного нападу на спеціально уповноважену особу під час виконання нею своїх службових владних повноважень. Так, група правопорушників може виступати як у вигляді співвиконавців, так і у виді організованої групи, учасники якої завчасно розподілили свої обов'язки щодо здійснення нападу на спеціально уповноважену особу. Напад групи правопорушників на спеціально уповноважену особу держави у зв'язку з їх фізичною перевагою завжди становить підвищену небезпеку для її життя та здоров'я і, крім того, внаслідок своєї непередбачуваності не дає можливості дати своєчасну та належну правову оцінку діям правопорушників. Тому під час вчинення такої групи посягань спеціально уповноважена особа держави повинна мати безумовне право (без будь-яких обмежень) на застосування вогнепальної зброї та на заподіяння будь-якої, в тому числі і тяжкої, шкоди правопорушникам з метою припинення їх групового нападу на себе.

Таким чином, узагальнюючи вищезазначене, можна зробити висновок про можливість та доцільність визначення у

Кримінальному кодексі України для спеціально уповноважених осіб держави кримінальної відповідальності за «перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень» у ч. 2 статей 118 та 124. Така відповідальність буде принципово відрізнятись від інших існуючих видів кримінальної відповідальності для спеціально уповноважених осіб держави, таких як «перевищення влади або службових повноважень» і «перевищення меж необхідної оборони». Визначивши склад злочину за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, та порівнявши його зі складом злочину за перевищення влади або службових повноважень, ми встановили, що їх відмінність полягає у об'єктивній стороні. Розмежування між ними доцільно обґрунтовувати у п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень». Визначення теоретичних положень кримінальної відповідальності за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, та характеристика такого складу злочину у статтях 118 та 124 КК України, на нашу думку, централізує та покращить механізм правового регулювання перевищення меж по застосуванню сили спеціально уповноваженими особами держави до правопорушника, що може виникнути в процесі здійснення ними своїх службових владних повноважень.

3.3. Правові джерела та авторські пропозиції

Запропоновані авторами зміни про здійснення службових владних повноважень до Кримінального кодексу України

Стаття 36[1]. Здійснення службових владних повноважень

«Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійснюваного правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність.

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

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

Примітка. Службові владні повноваження — це діяння, які здійснюються спеціально уповноваженими особами державних силових органів (структур) з метою виконання завдань і функцій, покладених законом на ці органи (структури), і в

межах, передбачених спеціальними законами, що регулюють їх діяльність. До спеціально уповноважених осіб таких органів (структур) належать працівники міліції, Служби безпеки України, органу доходів і зборів, військовослужбовці та інші особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України».

Запропоновані авторами зміни до Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 р. «Про судову практику у справах про необхідну оборону»

Змінити п. 6 наступним чином:

«Потрібно мати на увазі, що представники влади, працівники правоохоронних органів, члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовці або інші спеціально уповноважені особи, які мають право застосовувати заходи впливу відповідно до Закону України «Про міліцію» та військових статутів Збройних Сил України, не підлягають кримінальній відповідальності за шкоду, заподіяну при здійсненні службових владних повноважень у випадку запобігання, припинення або захисту від суспільно небезпечного посягання, вчиненого правопорушником.

Межі та порядок застосування заходів впливу для спеціально уповноважених осіб держави при здійсненні ними своїх службових владних повноважень встановлюються у Кримінальному кодексі України та спеціальних законах, що регулюють їх діяльність, таких як Закони України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», військові статути Збройних Сил України, Митний кодекс України та інших.

Перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених ст. 118 та 124 КК України».

Запропоновані авторами зміни
до Постанови Пленуму Верховного Суду України
№ 15 від 26.12.2003 р.
«Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»

Доповнити п. 5 абзацом 3 наступного змісту:

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

Частину 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію» доповнити та викласти наступним чином: «У разі неможливості уникнути застосування сили вона не повинна перевищувати міри, необхідної для виконання покладених на міліцію обов'язків, і має зводити до мінімуму можливості завдання шкоди здоров'ю правопорушників, крім випадків: запобігання або припинення

ня вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору та групового нападу на працівника міліції. При завданні шкоди міліція забезпечує подання необхідної допомоги потерпілим в найкоротший строк».

Частину 3 ст. 583 Митного кодексу України доповнити та викласти наступним чином: «За наявності обставин, що не дають можливості уникнути застосування спеціальних засобів, вжиті заходи не повинні перевищувати меж, необхідних для забезпечення виконання завдань, покладених на митну службу України, і повинні зводити до мінімуму можливість заподіяння шкоди здоров'ю правопорушників, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору та групового нападу на посадову особу органів доходів і зборів».

Частину 5 ст. 584 Митного кодексу України доповнити та викласти наступним чином: «За наявності обставин, що не дають можливості уникнути застосування вогнепальної зброї, вжиті заходи не повинні перевищувати меж, необхідних для забезпечення виконання завдань, покладених на органи доходів і зборів, і повинні зводити до мінімуму можливість заподіяння шкоди здоров'ю правопорушників, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору та групового нападу на посадову особу органів доходів і зборів».

Частину 3 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення» доповнити та викласти наступним чином: «У разі неможливості уникнути застосування заходів фізичного впливу вони не повинні перевищувати міри, необхідної для виконання покладених на адміністрацію місця попереднього ув'язнення обов'язків, і мають зводитися до завдання якнайменшої шкоди здоров'ю правопорушників, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору та групового нападу на працівника адміністрації місця попереднього ув'язнення.

У разі необхідності адміністрація місця попереднього ув'язнення зобов'язана негайно подати допомогу потерпілим».

Частину 4 ст. 106 Кримінально-виконавчого кодексу України доповнити та викласти наступним чином: «Якщо застосування заходів фізичного впливу уникнути неможливо, вони не повинні перевищувати міру, необхідну для виконання покладених на адміністрацію колонії обов'язків, і мають зводитися до завдання найменшої шкоди здоров'ю правопорушників, крім випадків: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєного нападу чи опору та групового нападу на працівника адміністрації колонії. У разі необхідності адміністрація колонії зобов'язана негайно надати допомогу потерпілим».

Передбачити у нормах спеціальних законів, таких як Закони України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про попереднє ув'язнення», Митному кодексі України, Кримінально-виконавчому кодексі України, військових статутах Збройних Сил України тощо, посилання про те, що спеціально уповноважена особа держави (працівник міліції, військовослужбовець тощо) має право заподіювати шкоду правопорушнику шляхом застосовування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї при здійсненні своїх службових владних повноважень у порядку та в межах, що встановлені кримінальним законодавством.

Наприклад:

– частину 1 ст. 12 Закону України «Про міліцію» викласти наступним чином: «Міліція має право при здійсненні службових владних повноважень застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби і вогнепальну зброю у випадках і в порядку, передбачених цим Законом. При застосовуванні заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї заподіяння правопорушнику шкоди має відбуватися у межах, передбачених кримінальним законодавством»;

– пункт 20 Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» викласти наступним чином: «Військовослужбовці під час здійснення службових владних повноважень мають право застосовувати заходи фізичного впливу, а також носити, зберігати та застосовувати спеціальні засоби, зброю в порядку, встановленому законодавством. При застосовуванні заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї заподіяння правопорушнику шкоди має відбуватися у межах, передбачених кримінальним законодавством»;

– ст. 26 Закону України «Про Службу безпеки України» викласти наступним чином: «Військовослужбовці Служби безпеки України при здійсненні службових владних повноважень мають право зберігати, носити, використовувати і застосовувати зброю та спеціальні засоби на підставах і в порядку, передбачених Законом України «Про міліцію», військовими статутами Збройних Сил України та іншими актами законодавства. При застосовуванні заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї заподіяння правопорушнику шкоди має відбуватися у межах, передбачених кримінальним законодавством» і т. д. для кожного спеціального закону.

ВИСНОВКИ

На підставі проведеного у монографії системного дослідження обставин (правомірних вчинків), що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, автори дійшли певних висновків щодо можливості удосконалення напрямків їх кримінально-правового регулювання. Також були розроблені відповідні пропозиції щодо можливості удосконалення чинного кримінального законодавства України, яке регулює вказану групу правомірних вчинків. В узагальненому вигляді викладені за текстом монографії пропозиції, положення та висновки можуть, на нашу думку, мати як теоретичне, так і практичне значення.

Розглядаючи у розділі І монографії історію розвитку та сучасний стан правового регулювання необхідної оборони, уявної оборони та застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань, авторами було встановлено, що їх можна об'єднати у єдину групу з урахуванням спільної правової підстави. Безпосередньо критерієм, що буде слугувати для виокремлення цих трьох правомірних вчинків від інших правомірних вчинків, які виключають злочинність діяння, є правова підстава, на основі якої вони виникають, а саме: суспільно небезпечне посягання, яке спрямоване на заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особи, що захищається, або іншої особи, суспільним інтересам чи інтересам держави. Тому ці три правомірні вчинки, що виключають злочинність діяння, доцільно об'єднати в одну групу із назвою — «обставини, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання».

Досліджуючи у розділі ІІ монографії необхідну оборону як обставину, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, авторами:

1) встановлено на підставі проведеного аналізу інституту необхідної оборони в кримінальному законодавстві України й десяти зарубіжних країн з різних правових сімей, що головними об'єктами захисту при необхідній обороні, які безпосередньо вказуються у кримінальному законодавстві зарубіжних країн при визначенні її поняття, є:

– особа, що захищається, її життя і здоров'я, права і свободи — цей об'єкт поставлений на перше місце при характеристиці поняття необхідна оборона в країнах англосаксонської правової сім'ї (Англії, США, Австралії) та континентальної правової сім'ї (Франції, ФРН). При цьому захист трактується в законодавстві та в судовій практиці як захист свого життя і здоров'я, прав і свобод;

– інші особи, їх життя і здоров'я, права і свободи — цей об'єкт, умовно кажучи, поставлений на друге місце і може звучати в різних інтерпретаціях — захист «кого-небудь іншого» (ФРН), захист «особистості і прав інших людей» (Іспанія) тощо. Захист іншої особи також включає в себе захист її життя і здоров'я, прав і свобод;

– власність (в тому числі майно, житло, приміщення) — цей об'єкт найбільш повно визначений у кримінальному праві країн англосаксонської правової сім'ї (Англії, США), а також у кримінальному праві Франції. Причому в кримінальному законодавстві США захист цього об'єкта характеризується як окремий вид необхідної оборони («захисту»), якому присвячені окремі розділи (параграфи 35.20, 35.25 КК штату Нью-Йорк, розділ «D» («Захист майна») КК штату Техас), а в КК Франції — окремі норми (ст. 122-6);

2) запропоновано удосконалення законодавчої конструкції поняття «необхідна оборона». В зв'язку з чим ч. 1 ст. 36 КК України може бути викладена наступним чином: «Необхідною обороною визнаються дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспіль-

но небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання»;

3) обґрунтовано, що при застосуванні необхідної оборони за КК України об'єктом захисту у ній повинні виступати саме запропоновані авторами конкретні права і свободи, які поставлені під кримінально-правову охорону. Будь-які інші охоронювані законом інтереси, про які йде мова у діючій редакції ч. 1 ст. 36 КК України, або мають інтерпретацію у відповідних правах і свободах (наприклад, інтерес зберегти майно — у праві власності, інтерес використовувати житло лише для власних потреб — у праві на недоторканість житла, інтерес захистити себе від ґвалтівника — у праві на статеву недоторканність тощо), або не є настільки значними, щоб посягання на них мало належний ступінь суспільної небезпеки і було кримінально караним діянням. Для захисту такої групи охоронюваних законом інтересів, які не є настільки значними, щоб посягання на них мало належний ступінь суспільної небезпеки, на думку авторів, існують норми про необхідну оборону у адміністративному праві (ст. 19 КУпАП), які регулюють правомірний захист особи від адміністративних правопорушень;

4) досліджено, що саме поняття необхідна оборона в зарубіжному кримінальному законодавстві формулюється як «захист» (КК США, КК Іспанії, кримінальне законодавство Англії), «правомірний захист» (КК Франції), «правомірна оборона» (КК Японії), «самооборона» (КК Швеції), «самозахист» (КК Австралії), «необхідна оборона» (КК ФРН, КК Росії). Визначено шляхом встановлення співвідношення між поняттями: «оборона», «захист», «самооборона», «самозахист», що найбільш обґрунтованим визначенням такого правомірного вчинку, згідно з правилами юридичної техніки та стилістики, є, на думку авторів, словосполучення «Необхідний захист» в ст. 36 КК;

5) розглянуто правову підставу виникнення права на необхідну оборону в КК України, якою, відповідно до ч. 2 ст. 36, є

вчинення особою суспільно небезпечного посягання. Досліджено Постанову Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» та встановлено, що відповідно до п. 2 цієї постанови правовою підставою виникнення стану необхідної оборони є не тільки суспільно небезпечне посягання, а також і створення реальної загрози заподіяння шкоди. На підставі цього зроблено висновок про можливість розширеного визначення правової підстави необхідної оборони в КК України як «захисту від вчинення особою суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення» та запропоновано сформулювати ч. 2 ст. 36 КК України в такій редакції: «Кожна особа має право на необхідну оборону від суспільно небезпечного посягання або реальної загрози його здійснення незалежно від можливості його уникнути або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади»;

6) обґрунтована можливість використання при необхідній обороні механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують на ураження особи, що посягає. Запропоновано доповнити п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» наступним абзацом: «Необхідна оборона можлива і з використанням механічних засобів та пристроїв, які автоматично спрацьовують або призводять до ураження особи, що посягає. Їх встановлення повинно здійснюватися із врахуванням відповідності об'єкта захисту суспільній небезпечності посягання та виключати можливість заподіяння шкоди сторонній особі. Такі механічні засоби та пристрої не повинні бути небезпечними для життя того, хто посягає, і мають виключати заподіяння йому смерті або тяжких тілесних ушкоджень, крім посягань, пов'язаних із безпосередньою та явною загрозою життю особи, що встановила чи активувала цей пристрій (засіб)»;

7) запропоновано доповнити п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах

про необхідну оборону» наступним абзацом: «Не виникає стану необхідної оборони у випадку вчинення особою дій, спрямованих на провокацію щодо себе суспільно небезпечного посягання з метою використати його як привід для заподіяння шкоди тому, хто посягає»;

8) розглянуто поняття «межа необхідної оборони» як «грань її правомірності, яка визначається особливостями кожного конкретного суспільно небезпечного посягання». На основі аналізу кримінально-правових норм, що регулюють необхідну оборону, визначені наступні види її меж: 1) часові; 2) силові (межі вчинення оборонних дій чи заподіяння шкоди);

9) здійснено аналіз теоретичних положень і судової практики відносно кримінальних справ з перевищення меж необхідної оборони та встановлено закономірність, згідно з якою при розгляді питання про наявність/відсутність перевищення меж необхідної оборони в деяких випадках таке перевищення визначається слідчими та судами в залежності від наявності чи відсутності наслідків у формі тяжкої шкоди (смерті або тяжких тілесних ушкоджень), яка заподіюється особі, що посягає. При цьому не враховуються інші важливі обставини конкретного випадку захисту, зокрема, можливість і правомірність вчинення саме таких оборонних дій особою, що захищається, які призвели до вищевказаних наслідків. У результаті це призводить до скасування судових рішень судами вищих інстанцій. У діючому КК України перевищення меж необхідної оборони: 1) характеризується як умисне заподіяння тяжкої шкоди тому, хто посягає, в ч. 3 ст. 36 КК України; 2) утворює два привілейовані склади злочинів, передбачені ст.ст. 118 та 124 КК України: умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони; умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони. З урахуванням цього авторами запропоновано, залишивши склади злочинів за умисне вбивство та заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони, характеризувати таке перевищення з точки зору відповідності оборонних дій особи, що захищається, суспільній небезпечності посягання та обстановці захисту, а не з точки зору заподіяння шкоди, що повинно виступати лише як можливий результат (наслідок) таких дій. На підставі цього запропоновано визначити в ч. 3 ст. 36 КК України поняття перевищення меж необхідної оборони залежно від правомірності оборонних дій особи, що захищається, які мають бути необхідними й достатніми для негайного відвернення чи припинення посягання, і надано пропозиції щодо викладення законодавчої конструкції цієї частини таким чином: «Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне вчинення особою, що захищається, дій, спрямованих на заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, які явно не відповідають небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу»;

10) запропоновано, з урахуванням складності кваліфікації дій особи, вчинених у стані необхідної оборони і можливості допущення при цьому різного роду судових помилок, встановити розгляд такої категорії справ за участю суду присяжних, що буде додатковою процесуальною гарантією кваліфікованого та всебічного їх розгляду;

11) запропоновано виділення наступних видів необхідної оборони та визначена їх законодавча конструкція: а) загальна (передбачена ч. 1 ст. 36 КК України); б) виключна (вчинена у стані сильного душевного хвилювання, яка передбачена ч. 4 ст. 36 КК України); в) спеціальна (при захисті від посягань, що становлять підвищену суспільну небезпеку, яка передбачена ч. 5 ст. 36 КК України);

12) висловлено пропозиції щодо удосконалення кримінально-правових норм про спеціальні випадки необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України при захисті особи від посягань, які становлять підвищену суспільну небезпеку, і запро-

поновано викласти цю частину у наступній редакції: «Не є перевищенням меж необхідної оборони і не може мати наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин, або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, або захисту особи від тяжкого злочину у своєму житлі, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає»;

13) з урахуванням аналізу положень зарубіжного кримінального законодавства висловлені пропозиції про можливість описання захисту власності при необхідній обороні у п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» наступним чином: «Потрібно розуміти, що необхідна оборона може здійснюватися особою у випадку захисту власності при відповідності її захисних дій суспільній небезпеці посягання та обстановці захисту. Суспільна небезпека 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 загально небезпечним (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 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».

Також, досліджуючи у розділі II монографії уявну оборону як обставину, що виключає злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання, авторами:

1) визначено, що уявна оборона є самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння, яка відрізняється від необхідної оборони за основною ознакою — дійсністю (реальністю) посягання. На основі аналізу поняття «уявна оборона» у ч. 1 ст. 37 КК України виявлено, що воно має деякі неузгодженості та не містить посилання на основний критерій для кваліфікації правомірності уявної оборони — обстановки, яка склалася. На підставі цього запропоновано охарактеризувати поняття «уявна оборона» в ч. 1 ст. 37 КК України у наступній редакції: «Уявною обороною визнаються дії, спрямовані на заподіяння шкоди потерпілому, коли особа, неправильно оцінюючи його дії в обстановці, яка склалася, помилково припускала наявність щодо неї реального суспільно небезпечного посягання»;

2) встановлено, на основі аналізу кримінального законодавства зарубіжних країн, що у багатьох країнах з різних правових сімей (з різною системою права) положення про фактичну та (або) юридичну помилку виділяються законодавцем в якості самостійної обставини, що виключає злочинність діяння;

3) висловлені міркування про те, що в загальному плані інститут уявної оборони буде розвиватися у напрямку свого подальшого розширення, оскільки стан уявної загрози може виникати у особи не тільки при захисті від суспільно небезпечного посягання (необхідній обороні), а і при усуненні небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам іншої людини (крайній необхідності), або при затриманні громадянином злочинця (затриманні особи, яка вчинила злочин), або при припиненні чи попередженні співробітниками правоохоронних органів вчинення особою кримінального правопорушення (здійсненні службових влад-

них повноважень). Тобто можливо казати про те, що норма про уявну оборону у подальшому може застосовуватись не тільки стосовно уявної загрози при необхідній обороні, а і стосовно уявної загрози при інших обставинах, що виключають злочинність діяння. В такому випадку можна буде говорити про уявну оборону як про загальну «уявну помилку в обставині, що виключає злочинність діяння»;

4) проведено класифікацію уявної оборони в залежності від фактора, який спричинив помилкове припущення особи щодо суспільно небезпечного посягання, і виділені наступні її види: суб'єктивна — пов'язана із помилкою особи щодо суб'єкта, який здійснює суспільно небезпечне посягання, коли за такого сприймається інша особа (потерпілий), яка посягання не вчиняла; об'єктивна — пов'язана з помилкою особи в об'єктивній стороні (діях) потерпілого, коли його правомірна поведінка або вчинене ним дрібне правопорушення розцінюється як реальне суспільно небезпечне посягання; нейтральна — пов'язана з помилкою особи в обстановці, що склалася, коли внаслідок певних негативних природних (час доби, погодні умови тощо) або соціально-психологічних (безлюдна вулиця, вчинення перед правомірними діями суспільно небезпечного посягання тощо) особливостей дії потерпілого видаються реальним суспільно небезпечним посяганням.

Досліджуючи у розділі III «Здійснення службових владних повноважень» застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань як правомірний вчинок, що виключає злочинність діяння, авторами:

1) визначено, що в науці кримінального права існують дві точки зору щодо правової природи захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань із застосуванням заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї. За першою точкою зору (Л. В. Гусар, І. В. Ткаченко, М. І. Якубович) такі

дії характеризуються як акт необхідної оборони (що є також певним юридичним обов'язком), який може бути як дещо обмеженим, так і дещо розширеним залежно від рівня правового регулювання спеціальними законами. За другою точкою зору (Н. Д. Дурманов, Ю. В. Баулін, Н. Н. Паше-Озерський) такі дії розглядаються як виконання службових обов'язків чи виконання службового боргу (іншими словами, їх можна назвати здійсненням службових владних повноважень), оскільки правом на необхідну оборону може володіти лише приватна особа.

Підтримуючи точку зору другої групи вчених щодо характеристики захисту працівниками правоохоронних органів, військовослужбовцями від суспільно небезпечних посягань як виконання службових обов'язків чи виконання службового боргу (іншими словами, що можна назвати здійсненням службових владних повноважень), авторами додатково наведені наступні аргументи: а) такі люди є спеціально уповноваженими особами силових органів (структур) держави і наділені законом владними повноваженнями, які не має приватна особа, зокрема, вони мають: право перевіряти документи; право затримувати особу; право, при наявності чітко визначених підстав, застосовувати зброю; право проводити огляд речей, які знаходяться при особі, та інші спеціальні права; б) стан необхідної оборони у таких осіб виникає не раптово, як у приватних осіб, а в процесі несення служби та виконання визначених законом спеціальних владних повноважень (наприклад, охорони громадського порядку; розшуку, переслідування особи або її затримання; доставки особи-порушника або злочинця до правоохоронного органу та тримання його під вартою; несення патрульно-постової служби та ін.). Тому такі особи заздалегідь готуються до подібних ситуацій, в тому числі і за рахунок професійної та психологічної підготовки, підтримки відповідної ментальної та фізичної форми, в зв'язку з чим вони повинні бути психологічно і фізично готовими до дій у відпо-

відних ситуаціях; в) для працівників правоохоронних органів, військовослужбовців здійснення спеціальних владних повноважень є юридичним синтезом (поєднанням) права і обов'язку, за невиконання або неналежне виконання яких вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі і кримінальну за ст. 367 КК України «Службова недбалість»), а не суб'єктивним правом, як для приватних осіб; г) на відміну від приватної особи, вони практично завжди озброєні вогнепальною зброєю та спеціальними засобами і володіють належними знаннями із їх практичного застосування, вони повинні мати і мають необхідний рівень фізичної підготовки; ґ) при здійсненні спеціальних владних повноважень та заподіянні в результаті такого здійснення шкоди правопорушнику (злочинцю) у спеціально уповноваженої особи держави, на відміну від приватної особи, виникають додаткові обов'язки, що випливають із її владних повноважень (наприклад, для працівників міліції додаткові обов'язки передбачені у Законі України «Про міліцію» та відомчих службових інструкціях і наказах), а саме: викликати слідчо-оперативну групу, надати першу медичну допомогу, доповісти про подію своєму безпосередньому начальнику, вжити заходів до охорони та огородження місця події тощо; д) на відміну від необхідної оборони при здійсненні службових владних повноважень, закон встановлює обмеження щодо заподіяння шкоди певним категоріям осіб, а саме: малолітнім особам; жінкам з явними ознаками вагітності; інвалідам з явними ознаками інвалідності; особам похилого віку; е) необхідна оборона не містить і не може містити для приватної особи чітко встановленої процедури заподіяння шкоди із визначенням переліку випадків по застосуванню того чи іншого заходу впливу (фізичної сили, спеціальних засобів та зброї) до особи, що посягає, та вимоги про обов'язкове попередження про застосування сили при суспільно небезпечному посяганні. Такі елементи містяться лише при захисті від суспільно небезпечних посягань спеці-

ально уповноважених осіб держави в процесі здійснення ними своїх службових владних повноважень і не охоплюються умовами правомірності необхідної оборони; є) існуючі кримінально-правові норми у статтях 118 та 124 КК України, що встановлюють кримінальну відповідальність за умисне вбивство чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони, у своїх санкціях містять певні види покарань, які не можуть застосовуватися до всіх або окремих категорій спеціально уповноважених осіб держави (виправні роботи до працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, обмеження волі до військовослужбовців строкової служби), а також не мають необхідних альтернативних видів покарань (службові обмеження, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців), що обов'язково повинні існувати в якості відповідальності для певної категорії спеціально уповноважених осіб держави (військовослужбовців строкової служби). Це пов'язано з тим, що норми про кримінальну відповідальність за перевищення меж необхідної оборони за структурою та видами покарань побудовані для використання лише щодо приватних осіб та не можуть використовуватися при призначенні покарання для спеціально уповноважених осіб держави;

2) запропоновано сформувати відповідні норми, які визначають правомірний вчинок, у ст. 36^1 розділу VIII КК України «Здійснення службових владних повноважень» та викласти їх зміст у наступній редакції:

«Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійснюваного правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність.

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

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

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

3) обґрунтовано та запропоновано у якості назви для характеристики кримінально-правових норм про застосування сили спеціально уповноваженими особами держави при попередженні, припиненні або захисті від суспільно небезпечних посягань, встановити словосполучення «здійснення службових владних повноважень» у порівнянні із іншими можливими словосполученнями (виконання службових обов'язків,

виконання службового боргу, застосування спеціальних заходів адміністративного примусу, застосування заходів адміністративного припинення спеціального призначення, застосування заходів спеціального призначення);

4) розглянуто можливість існування подібних до нього правомірних вчинків (обставин), що виключають злочинність діяння, у кримінальному законодавстві зарубіжних країн та визначено наявність таких обставин, як «виправдане застосування фізичної сили публічною (державною) посадовою особою при розумному виконанні нею своїх офіційних повноважень, обов'язків чи функцій» (КК штату Нью-Йорк), «законне повноваження, тобто здійснення дій, які заподіюють шкоду, якщо вони обґрунтовані і виконані відповідно до норм права» (КК Австралії), «запобігання втечі ув'язненого або підтримання порядку» (КК Швеції), «виконання свого обов'язку, законне здійснення свого права, а також професійних чи посадових обов'язків» (КК Іспанії) тощо;

5) встановлено, що запропоновані норми статті 36^1 КК України «Здійснення службових владних повноважень» за характером впливу на спеціально уповноважену особу держави є заохочувальними; за характером розпоряджень, що містяться у них — дозвільними; за призначенням у механізмі правового регулювання — матеріальними; за методом правового регулювання — диспозитивними і т. д.;

6) визначено та передбачено у запропонованих нормах ст. 36^1 КК України випадки правомірності заподіяння тяжкої шкоди правопорушнику при здійсненні службових владних повноважень, до яких потрібно відносити: запобігання або припинення вчинення правопорушником особливо тяжкого злочину, озброєний напад чи опір та груповий напад на спеціально уповноважену особу держави, за яких заподіяння спеціально уповноваженою особою держави будь-якого розміру шкоди правопорушнику повинно визнаватися у кримінальному законі правомірним діянням. У зв'язку з цим запропонова-

но доповнити такими випадками правомірності заподіяння тяжкої шкоди правопорушнику і норми відповідних спеціальних законів, наприклад, ч. 4 ст. 12 Закону України «Про міліцію», ч. 3 ст. 583, ч. 5 ст. 584 Митного кодексу України, ч. 3 ст. 18 Закону України «Про попереднє ув'язнення» тощо;

7) розкрито поняття «перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень» як застосування спеціально уповноваженою особою держави такої сили (заходів впливу у таких об'ємах) до правопорушника, яка (які) явно не відповідає(ють) суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент його вчинення. Запропоновано визначити кримінальну відповідальність за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, і обґрунтовано доцільність її існування;

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

– ч. 2 ст. 118: «Умисне вбивство правопорушника, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, -

карається арештом на строк від трьох до шести місяців, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк від одного до двох років, або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на строк до трьох років»;

– ч. 2 ст. 124: «Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, -

карається громадськими роботами на строк від двохсот до двохсот сорока годин, або службовим обмеженням на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років»;

9) досліджено та обґрунтовано, в тому числі на рівні узагальнень судової практики, відмінність запропонованої кримінальної відповідальності за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, від кримінальної відповідальності за перевищення влади або службових повноважень у ст.ст. 365, 424 КК України та кримінальної відповідальності за перевищення меж необхідної оборони у ст.ст. 118, 124 КК України;

10) виділено певні види заподіяння шкоди при здійсненні службових владних повноважень, а саме: загальний (без будь-яких особливостей, що передбачені у законі); привілейований (полягає у певних фізичних або біологічних особливостях особи правопорушника, які обмежують право на заподіяння йому шкоди); спеціальний (пов'язаний із захистом від посягань, які в силу своїх певних характеристик становлять підвищену суспільну небезпеку).

Потрібно зазначити, що у висновках авторами висвітлено лише найбільш загальні положення монографічного дослідження, а безпосередньо всю сукупність результатів дослідження можна знайти по тексту монографії. На нашу думку, викладені у монографії рекомендації та пропозиції можуть сприяти подальшому покращенню механізму кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання.

Список використаних джерел

1. Административное право и административная деятельность органов внутренних дел : учебник / под ред. Попов Л. Л. — М. : Изд-во Академии МВД СССР. — 1990. — 223 с.
2. Адміністративне право України. Академічний курс : підруч.: У двох томах / ред. кол.: В. Б. Авер'янов (голова). — К.: Видавництво «Юридична думка», 2004. – Том 1. Загальна частина. — 584 с.
3. Аніщук В. В. Розвиток законодавства про уявну оборону: історико-правовий аналіз / В. В. Аніщук // Держава і право : Юридичні і політичні науки. — 2010. — № 47. — С. 539–544.
4. Балашов І. Перевищення меж необхідної оборони : спірні питання / І. Балашов // Право України. — 2006. — № 8. — С. 85–88.
5. Банікевич І. В. Правове регулювання застосування сили працівниками правоохоронних органів : наук.-практ. посіб. / І. В. Банікевич. — Х. : Вид-во НУВС, 2001. — 84 с.
6. Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния : монография / Ю. В. Баулин. — Х. : Основа, 1991. — 360 с.
7. Благов Е. В. Квалификация деяний, исключающих уголовную ответственность / Е. В. Благов // Государство и право. — 1992. — № 9. — С. 78–83.
8. Болотников М. В. Институт необходимой обороны: истоки и путь развития / М. В. Болотников // Закон и право. — 2007. — № 9. — С. 104–106.
9. Бурдін В. М. Співвідношення понять: «осудність» — «вина», «неосудність» — «казус» / В. М. Бурдін // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2008. — Вип. 6(80). — С. 82–94.

10. Вирок Хотинського районного суду Чернівецької області від 27 травня 2008 року по справі № 1-41/2008 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://reyestr.court.gov.ua/Review/9059501 — назва з екрана.
11. Вирок Староміського районного суду м. Вінниці по справі № 1-38-2010 від 21 квітня 2010 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://reyestr.court.gov.ua/Review/9094808 — назва з екрана.
12. Вирок Святошинського районного суду м. Києва по справі № 1-370-2009 від 22 квітня 2009 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://reyestr.court.gov.ua/Review/9151829 — назва з екрана.
13. Вікіпедія: вільна енциклопедія : [Електронний ресурс]. — Режим доступу до документа: http://uk.wikipedia.org/wiki/Інтерес_(право)
14. Владимиров Л. Е. Учебник русского уголовного права. Общая часть / Л. Е. Владимиров. — Харьков, 1889. — 280 с.
15. «Во время попытки ограбления ювелирного магазина в Кривом Роге милиционер убил злоумышленника выстрелом в грудь» (ТСН : черная хроника) [Электронный ресурс] / ТСН : официальный веб-сайт // Режим доступу до документа: http://ru.tsn.ua/chorna-hronika/v-krivom-roge-militsioner-zastrelil-belorusa.html — назва з екрана.
16. Володарський В. Проблемні питання необхідної оборони / В. Володарський // Право України. — 1998. — № 11. — С. 118–122.
17. Гаршин В. Г. Необходимая оборона / В. Г. Гаршин // Российская юстиция. — 2006. — № 3. — С. 18–21.

18. Гуртовенко О. Л. Психічне насильство у кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. Л. Гуртовенко. — Одеса : ОНЮА, 2008. — 17 с.
19. Гусар Л. Аналіз обставин, що виключають злочинність діяння / Л. Гусар // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 11. — С. 73–79.
20. Гусар Л. В. Застосування необхідної оборони працівниками міліції / Л. В. Гусар // Вісник Прокуратури. — 2006. — № 10. — С. 90–94.
21. Гусар Л. В. Необхідна оборона: кримінологічні та кримінально-правові аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Л. І. Гусар. — Одеса, 2009. — 17 с.
22. Гусар Л. Порівняльна характеристика кримінального права зарубіжних країн: необхідна оборона / Л. Гусар // Вісник Прокуратури. — 2008. — № 2. — С. 119–125.
23. Гусар Л. В. Поняття меж необхідної оборони / Л. В. Гусар // Прокуратура, людина, держава. — 2005. — № 11. — С. 73–78.
24. Гусар Л. В. Щодо питання про мотив, мету й емоційний стан при перевищенні меж необхідної оборони / Л. В. Гусар // Вісник Академії прокуратури України. — 2007. — № 1. — С. 116–122.
25. Діденко В. П. Обставини, що виключають злочинність діяння : лекція / В. П. Діденко. — Київ : Українська академія внутрішніх справ, 1993. — 40 с.
26. Додин Е. В. Государственная защита служащих таможенных органов / Е. В. Додин // Митна справа. — 2000. — № 6. — С. 3–13.
27. Дурманов Н. Д. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния : монография / Н. Д. Дурманов. — М. : Госюриздат, 1961. — 148 с.

28. Загоскин Н. П. Уложение царя и великого князя Алексея Михайловича и земский собор 1648–1649 гг. / Н. П. Загоскин. — Казань, 1879. — 240 с.
29. Закон України «Про міліцію» станом на 25 квітня 2002 р.: офіційне видання. — К. : Парламентське видавництво, 2002. — 27 с.
30. Закон України «Про Службу безпеки України» : офіційне видання. — Закони України. — Т. 3. — К. : Інститут законодавства Верховної Ради України. — 1996 р. — ст. 26. — С. 140–153.
31. Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22 червня 2000 р. № 1835-III // Відомості Верховної Ради України. — № 40. — 6 жовтня 2000 р. — Ст. 338. — С. 796–807.
32. Закон України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» від 26 березня 1992 р. № 2235-XII // Відомості Верховної Ради України. — № 29. — 21 липня 1992 р. — Ст. 397. — С. 951–955.
33. Закон України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003 р. № 661-IV // Відомості Верховної Ради України. — № 27. — 4 липня 2003 р. — Ст. 208. — С. 656–670.
34. Закон України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України. — № 52. — 1993 р. — Ст. 490.
35. Закон України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» від 4 березня 1998 р. № 160/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. — № 35. — 1998 р. — Ст. 236.
36. Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. № 3352-XII // Відомості Верховної Ради України. — № 35. — 1993. — Ст. 360.
37. Заторська І. Кримінальна відповідальність за нанесення тяжких тілесних ушкоджень (історичні аспекти) / І. Затор-

ська // Підприємство, господарство і право. — 2008. — № 12. — С. 134–137.
38. Звечаровский И., Чайка Ю. Законодательная регламентация института необходимой обороны / И. Звечаровский, Ю. Чайка // Законность. — 1995. — № 8. — С. 33–35.
39. Іллічов М. О. Службові повноваження посадової особи органів внутрішніх справ України / М. О. Іллічов // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 2002. — № 2. — С. 95–102.
40. Измозик В. с. Предисловие «Жандармы России» / Сост. Владлен Семенович Измозик. — СПб. : Издательский дом «Нева»; М.: «ОЛМА-ПРЕСС», 2002. — С. 3–10.
41. Истомин А. Ф. Самооборона: право и необходимые пределы : монография / А. Ф. Истомин. — М. : Норма, 2005. — 224 с.
42. Кабурнеев Э. О некоторых проблемах квалификации причинения смерти при превышении пределов необходимой обороны / Э. Кабурнеев // Уголовное право. — 2006. — № 6. — С. 33–37.
43. Каганець І. Легалізація зброї як стимул до Реформації / І. Каганець // День. — 2007. — № 147. — С. 1–2.
44. Кенни К. Основы уголовного права / под ред. и с вступительной статьей Б. С. Никифорова. — М. : Издательство Иностранной литературы, 1949. — С. 52–85.
45. Кириченко В. Ф. Значение ошибки по советскому уголовному праву / В. Ф. Кириченко. — М. : Изд-во АН СССР. — 1952. — 96 с.
46. Кириченко В. Ф. Основные вопросы учения о необходимой обороне в советском уголовном праве / В. Ф. Кириченко. — М. : Изд-во АН СССР. — 1948. — 228 с.
47. Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка от 17 декабря 1979 г. (База данных «Законодательство Украины») [Електронний ресурс] / Верховная Рада Украины: официальный веб-сайт. — Режим доступу

до документа: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_282 — назва з екрану.
48. Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости / В. Н. Козак. — Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1981. — 154 с.
49. Козак В. Н. Право граждан на необходимую оборону / В. Н. Козак, И. С. Ной. — Саратов : Изд-во СГУ, 1972. — 160 с.
50. Кони А. Ф. О праве необходимой обороны / А. Ф. Кони. — М. : Остожье, 1996. — 112 с.
51. Конституция Украины. — Сумы : ООО «НОТИС», 2013. — 52 с.
52. Коржанський М. Й. Кримінальне право України. Загальна частина : курс лекцій / М. Й. Коржанський. — К. : Наукова думка, 1996. — 334 с.
53. Коржанський М. Й. Популярний коментар Кримінального кодексу України / М. Й. Коржанський. — К. : Наукова думка, 1997. — 696 с.
54. Кримінальний кодекс України (із змінами і доповненнями станом на 25 лютого 2013 року) / укл. проф. В. І. Тютюгін. — Х. : ТОВ «Одисей», 2013. — 234 с.
55. Кримінальний кодекс України : наук.-практич. коментар. Вид. п'яте, перероб. та доп. / відп. ред. Є. Л. Стрельцов. — Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. — 800 с.
56. Кримінальне право України. Практикум : навч. посіб. / за ред. С. С. Яценка. — 3-тє вид., перероб. і доп. — К. : Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2010. — 640 с.
57. Кримінальне право України. Загальна частина : підручн. / за ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — 3-тє вид., перероб. і доп. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — 496 с.
58. Кримінальне право України. Загальна частина / за ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. — К. : Юрінком Інтер, 1997. — 512 с.
59. Кримінально-виконавчий кодекс України: Закон від 11 липня 2003 р. № 1129-IV // Відомості Верховної Ради України. — № 3–4. — 2004 р. — Ст. 21.

60. Крылова Н. Е. Основные черты нового уголовного кодекса Франции / Н. Е. Крылова. — М. : Спарк, 1996. — 124 с.
61. Кримінальне право України : навч. посіб. / за ред. С. С. Яценка. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 528 с.
62. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. — М. : Норма, 2001. — 342 с.
63. Кулинич С. Необхідна оборона як захист особи від злочинних посягань / С. Кулинич, А. Волков // Вісник Прокуратури. — 2009. — № 1. — С. 69–74.
64. Курило В. І. Організаційно-правовий аспект застосування зброї і спеціальних засобів працівниками недержавних охоронних підприємств / В. І. Курило // Право України. — 2004. — № 6. — С. 77–79.
65. Курило В. І. Організаційно-правові засади надання охоронних послуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В. І. Курило. — К. : НАУ, 2002. — 20 с.
66. Курило В. І. Правовий статус працівників охоронних підприємств щодо носіння, зберігання та застосування спеціальних засобів та зброї / В. І. Курило // Вісник Національного університету внутрішніх справ. — 2002. — № 20. — С. 106–112.
67. Курс адміністративного права України : підручн. / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, І. Д. Пастух, В. Д. Сущенко [та ін.] // за ред. В. В. Коваленка. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 808 с.
68. Курс уголовного права. Том 1. Общая часть. Учение о преступлении / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. — 624 с.
69. Ларин А. М. Из истории суда присяжных в России / А. М. Ларин. — М. : Российская правовая акад. МЮ РФ, 1995. — 104 с.
70. Лупіносова О. М. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. М. Лупіносова. — Одеса : Фенікс, 2007. — 20 с.
71. Малеин Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность / Н. С. Малеин. — М. : Юридическая литература, 2005. — 326 с.
72. Мантуляк Ю. Юридичний склад правомірного вчинку / Ю. Мантуляк // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 9. — С. 33–42.
73. Матишевський П. С. Кримінальне право України / П. С. Матишевський. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — 271 с.
74. Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. для студ. юрид. вузів і факультетів / П. С. Матишевський. — К. : А.С.К., 2001. — 352 с.
75. Медведев А. А. Соотношение необходимой обороны и служебного долга / А. А. Медведев // Социалистическая законность. — 1974. — № 9. — С. 62–64.
76. Миколенко А. И. Законы Украины «О прокуратуре», «О милиции», «Об адвокатуре» : комментарий / А. И. Миколенко, А. Н. Миколенко. — Изд. 4-е, испр. и доп. — Х. : ООО «Одиссей», 2005. — 304 с.
77. Милюков С. Ф. Криминологическая обоснованность законодательной регламентации обстоятельств, исключающих преступность деяния / С. Ф. Милюков // Российское уголовное законодательство: опыт криминологического анализа. — СПб, 2000. — С. 91–98.
78. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями: Прийняті Генеральною Асамблеєю ООН від 30 серпня 1955 р. та ратифіковані Україною (База даних «Законодавство України») [Електронний ресурс] / Верховна Рада України: офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_212 — назва з екрану..

79. Миронов С. И. Необходимая оборона по уголовному праву Англии и США : особенности регулирования / С. И. Миронов // Государство и право. — 2002. — № 6. — С. 61–67.
80. Митний кодекс України (із змінами та доповненнями станом на 14 січня 2014 року). — К.: Центр учбової літератури, 2014. — 292 с.
81. «Молодой парень из автомата расстрелял харьковского милиционера. Видео и подробности преступления» (Медиапорт : происшествия) [Електронний ресурс] / Медиапорт НОВИНИ : официальный веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://www.mediaport.ua/news/incidents/72011 — назва з екрану.
82. Мочкош Я. Необхідна оборона в кримінальному праві України: від ідеї до реальності / Я. Мочкош // Право України. — 2006. — № 10. — С. 95–98.
83. Музлов А. В. Возникновение и развитие института необходимой обороны. / А. В. Музлов // Государство и право. — 2008. — № 10. — С. 101–105.
84. «На Вінниччині ДПСники відкрили вогонь, щоб зупинити порушника» (Інформаційне агентство УНІАН : новини) [Електронний ресурс] / Інформаційне агентство УНІАН : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://www.unian.net/ukr/news/news-375287.html — назва з екрану.
85. «На Полтавщині міліціонер вимушений був застосувати зброю» (Служба новин «Полтава-Інформ») [Електронний ресурс] / «Полтава-Інформ» : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://poltava.info/news/poltava/item/2010/09/28/14-54-27/Na-Poltavschini-milicioner-vimushenii-buv-zastosuvati-zbroju.htm — назва з екрану.
86. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. — 4-те вид., перероб. та доп. / відп. ред. С. С. Яценко. — К. : А.С.К., 2006. — 848 с.
87. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / під заг. ред. М. О. Потебенька, В. Г. Гончаренка. — К. : Форум, 2001. — 395 с.

88. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К. : Каннон; А.С.К., 2002. — 1216 с.
89. «На Хмельниччині зупинити п'яного водія змогли тільки попереджувальні постріли працівників Державтоінспекції» (МВС України : архів новин) [Електронний ресурс] / Міністерство внутрішніх справ України : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://mvs.gov.ua/mvs/control/ma@in/uk/publish/article/336570;jsessionid=AF8801739A668C2A4E90FD93438E4AB6 — назва з екрану.
90. Никуненко А. В. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / А. В. Никуненко. — Б., 2011. — 20 с.
91. Нурпеисов Е. К. Психология правомерного поведения / Е. К. Нурпеисов. — Алма-Ата, 1984. — 274 с.
92. «О недостатках судебной практики по делам, связанным с применением законодательства о необходимой обороне»: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 23 октября 1956 года № 8 // Судебная практика Верховного Суда СССР. — 1956. — № 6. — С. 4–8.
93. «О практике применения судами законодательства о необходимой обороне»: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 4 декабря 1969 года № 11 // Бюллетень Верховного суда СССР. — 1970. — № 1. — С. 15–20.
94. «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств»: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 года № 14 // Бюллетень Верховного суда СССР. — 1984. — № 5. — С. 9–13.
95. Орехов В. В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния / В. В. Орехов. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. — 217 с.

96. Орловський Б. М. Інститут необхідної оборони: порівняльно-правовий аналіз / Б. М. Орловський // Держава і право : юридичні і політичні науки. — 2011. — № 53. — С. 530–534.
97. Орловський Б. М. Інститут необхідної оборони за кримінальним правом України та США: порівняльний аналіз / Б. М. Орловський // Духовне життя суспільства та злочинність. Сьомі юридичні читання : матеріали міжн. наук. конф. студентів, аспірантів і молодих вчених 11 грудня 2009 р. / за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. — Одеса : Астропринт, 2009. — С. 114–117.
98. Орловський Б. М. Легалізація зброї як одна з гарантій забезпечення права на необхідну оборону / Б. М. Орловський // Дотримання прав людини при здійсненні правосуддя. Восьмі юридичні читання : матеріали міжнародної наукової конференції студентів, аспірантів і молодих вчених 14 травня 2010 р. — Одеса : Астропринт, 2010. — С. 144–147.
99. Орловський Б. М. Перевищення меж необхідної оборони : проблемні питання / Б. М. Орловський // IV Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького : зб. наук. праць / Київ. ун-т права НАН України; [редкол. : Шемшученко Ю. С., Бошицький Ю. Л., Чернецька О. В. та ін.]. — К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2011. — С. 379–382.
100. Орловський Б. М. Застосування зброї працівниками правоохоронних органів: необхідна оборона чи здійснення службових повноважень / Б. М. Орловський // Правова держава. — 2010. — № 12. — С. 210–213.
101. Орловський Б. М. Здійснення службових повноважень як нова обставина, що виключає злочинність діяння / Б. М. Орловський : матер. Міжнар. наук. конф. «Злочинність у сфері професійної діяльності. Дев'яті юридичні читання», присвяченої пам'яті доктора юридичних наук, професора О. Я. Свєтлова (10 груд. 2010 р., ОНУ ім.

І. І. Мечникова) / за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. — Одеса : Астропринт, 2010. — С. 128–131.
102. Орловський Б. М. Застосування зброї працівниками правоохоронних органів: необхідна оборона чи здійснення службових повноважень / Б. М. Орловський // Реформування правової системи України в контексті розбудови правової держави та євроінтеграції : І Всеукр. наук.-практ. конф., тези доповідей, Дніпропетровськ, 26 квітня 2010 р. — Д. : Вид-во ДУЕП, 2010. — С. 32–34.
103. Орловський Б. М. Перевищення меж службових повноважень у кримінальному праві України / Б. М. Орловський // Правова держава. — 2012. — № 14. — С. 138-142.
104. Орловський Б. М. Уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння / Б. М. Орловський // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : матер. II міжнар. наук.-практич. конф. (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т. 1. — Одеса : Фенікс, 2010. — С. 227–230.
105. Орловський Б. М. Уявна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння / Б. М. Орловський // Вісник Академії адвокатури України. — 2010. — № 3. — С. 92–96.
106. Орловський Б. М. Проблеми кримінально-правового регулювання перевищення меж необхідної оборони / Б. М. Орловський // Вісник Академії адвокатури України. — 2011. — № 2. — С. 107–112.
107. Орловський Б. М. Проблеми кримінально-правового регулювання правової та фактичної підстави необхідної оборони / Б. М. Орловський // Південноукраїнський правничий часопис. — № 2. — 2011. — С. 175–177.
108. Орловський Б. М. Правова та фактична підстава необхідної оборони: проблеми кримінально-правового регулювання / Б. М. Орловський : матер. Міжнар. наук.-практич. конф. (м. Харків, 23-24 лютого 2011 р.) : у 4-х томах. — Харків : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2011. — Т. 4. — С. 34–36.

109. Орловський Б. М. Обставини, що виключають злочинність діяння при наявності суспільно небезпечного посягання / Б. М. Орловський // Матер. VI Міжнар. наук. конф. студ. та молодих вчених «Від громадянського суспільства — до правової держави» (м. Харків, 4-5 березня 2011 р.) : зб. тез доп. — Харків : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2011. — С. 267–269.
110. Осадчий В. Співвідношення права на застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів, заходів фізичного впливу та права на необхідну оборону, затримання злочинця в діяльності правоохоронних органів / В. Осадчий // Право України. — 1998. — № 4. — С. 69–74.
111. Основні принципи застосування сили та вогнепальної зброї посадовими особами з підтримання правопорядку: Прийняті Генеральною Асамблеєю ООН від 7 вересня 1990 р. та ратифіковані Україною (База даних «Законодавство України») [Електронний ресурс] / Верховна Рада України: офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_334 — назва з екрану.
112. Пакутин В. Д. Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния в законодательстве некоторых зарубежных государств (сравнительный анализ) / В. Д. Пакутин // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России : межвузов. сб. научных трудов. — Уфа : РИО БашГУ, 2003. — С. 77–84.
113. Пакутин В. Д. Превышение пределов необходимой обороны по законодательству стран дальнего зарубежья (сравнительный анализ) / В. Д. Пакутин // Материалы Всероссийской научно-практической конференции посвященной 95-летию Башкирского государственного университета. — Уфа : Башкирский гос. ун-т. — 2004. — Ч. 1. — С. 59–74.

114. Паше-Озерский Н. Н. Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву / Н. Н. Паше-Озерский. — М. : Госюриздат, 1962. — 181 с.
115. Петришин А. В. Статус должностного лица: природа, структура, специализация / А. В. Петришин. — К., 1990. — 182 с.
116. Платонов В. И. Уголовное право / В. И. Платонов. — СПб. : Государственная типография, 1903. — 248 с.
117. Податковий кодекс України: Закон від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. — Відомості Верховної Ради України. — 2011 р. — № 13-14. — Ст. 112.
118. Попов К. И. Эксцесс обороны и мнимая оборона / К. И. Попов // Право и государство : теория и практика. — 2010. — № 9. — С. 111–115.
119. Положення про Державну службу охорони при Міністерстві внутрішніх справ, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України № 615 від 10 серпня 1993 р. (База даних «Законодавство України») [Електронний ресурс] / Верховна Рада України: офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/615-93-п — назва з екрану.
120. Постанова Кабінету Міністрів України «Про деякі питання застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї посадовими особами митної служби» № 1953 від 25 грудня 2002 р. — Офіційний вісник України. — 2002. — № 52. — 2374 с.
121. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: 1973-2005 рр. — Х. : Одіссей, 2006. — 528 с.
122. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28.06.1991 року «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від

суспільно небезпечних посягань» (База даних «Законодавство України») [Електронний ресурс] / Верховна Рада України : офіційний веб-сайт // Режим доступу до документа: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0004700-91 — назва з екрану.

123. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 року «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 2. — с. 7–9.

124. Постанова Президії Тернопільського обласного суду (витяг) від 11.07.1988 р. : (База даних «Законодавство України») [Електронний ресурс] / Верховна Рада України : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n0001705-88 — назва з екрану.

125. Практика судів України з кримінальних справ (2001–2005) / За заг. ред. В. Т. Маляренко, В. В. Сташиса; Укладачі: В. В. Сташис, В. І. Тютюгін. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 464 с.

126. Практика судів України з кримінальних справ (2006–2007) / укл.: В. В. Сташис, В. І. Тютюгін; за заг. ред. В. В. Сташиса. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 880 с.

127. Проект Концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні (Українська Гельсінська спілка з прав людини) [Електронний ресурс] / Українська Гельсінська спілка з прав людини : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1177576223 — назва з екрану.

128. Прокопенко В. В. Применение огнестрельного оружия должностными лицами таможенной службы Украины (в контексте Таможенного кодекса Украины 2002 года) / В. В. Прокопенко // Митна справа. — 2003. — № 5. — с. 23–28.

129. Рейнгард Б. Необходимая оборона / Б. Рейнгард. — Казань, 1898. — 126 с.

130. 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. — 3288 с.

131. Романов О. Зброя: законодавчий аспект / О. Романов // Юридичний журнал. — 2005. — № 2. — С. 32–38.

132. Сабитов Р. А. Уголовно-правовое регулирование посткриминального поведения: автореферат дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Рашид Акремович Сабитов. — Ленинград : Ленингр. гос. ун-т им. А. А. Жданова; Хабар. высш. шк. МВД СССР. — 1988. — 32 с.

133. Саінчин О. С. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у випадку перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця / О. С. Саінчин // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2002. — № 3. — С. 30–35.

134. Самарський В. В. Проблеми реалізації співробітниками правоохоронних органів права на необхідну оборону / В. В. Самарський // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Збірник наукових праць. — 2004. — № 2. — С. 100–110.

135. Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность / И. И. Слуцкий. — Львов : Изд-во ЛГУ, 1956. — 240 с.

136. Смирнова Л. Н. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, по законодательству некоторых западноевропейских государств / Л. Н. Смирнова // Вестник Томского государственного университета. — 2008. — № 3. — С. 130–133.

137. Старчиков М. Зброя та суспільство : гарантія захисту чи джерело агресії? / М. Старчиков // Юридичний вісник України. — 2002. — № 28. — С. 13.

138. Статистика з прес-служби МВС (Урядовий портал : єдиний веб-портал органів виконавчої влади) [Електронний ресурс] / Кабінет Міністрів України : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=243449021&cat_id=35884 — назва з екрану.

139. Статистика УДСО в Одеській області (УДСО : Новини) [Електронний ресурс] / Управління державної служби охорони при ГУМВС України в Одеській області : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до документа: http://ohrana-odessa.od.ua/ua/novini.html#25.11.10 — назва з екрану.

140. Статут Великого княжества Литовского 1588: Тексты. Справочник. Комментарии / гл. редкол. И. П. Шамякин. — Минск : Бел. Сов. Энцикл., 1989. — 574 с.

141. Статути Збройних Сил України. — К.: Атіка, 2006. — 432 с.

142. Сторожук Г. Про зброю «на руках» / Г. Сторожук // Юридичний вісник України. — 2003. — № 16. — С. 8.

143. Стрельник О. Л. Інститут необхідної оборони в історичному аспекті / О. Л. Стрельник // Актуальні проблеми держави і права : збірн. наук. праць. — 2003. — Вип. 21. — С. 115–120.

144. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах : офіційне видання / Відп. ред. Петро Пилипович Пилипчук. — К. : Ін Юре, 2006. — 392 с.

145. Судебная практика: убийства, изнасилования и другие преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам / За ред. Василя Тимофійовича Маляренко. — К. : Знання, 1993. — 240 с.

146 Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Лекции. Часть общая. Т. 1 / Н. С. Таганцев. — 2-е изд., пересмотр. и доп. — СПб. : Государственная типография, 1902. — 823 с.

147. Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны / И. С. Тишкевич. — М. : Юридическая литература, 1969. — 192 с.

148. Ткачевский Ю. М. Институт необходимой обороны / Ю. М. Ткачевский // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. — 2003. — № 1. — С. 20–38.

149. Ткаченко В. И. Законодательство о применении оружия / В. И. Ткаченко // Гарантии прав личности и проблемы применения уголовного и уголовно-процессуального законодательства. — Ярославль : ЯрГУ, 1989. — С. 45–51.

150. Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву / В. И. Ткаченко. — М., 1979. — 164 с.

151. Ткаченко В. И. Мнимая оборона / В. И. Ткаченко // Социалистическая законность. — 1983. — № 3. — С. 36–38.

152. Турецкий Н. Н. Некоторые аспекты становления уголовно-правового института обстоятельств, исключающих преступность деяния / Н. Н. Турецкий // История государства и права. — 2005. — № 1. — С. 15–18.

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

154. Хряпінський П. В. Заохочувальні кримінально-правові норми як засоби захисту законних прав і свобод людини / П. В. Хряпінський // Форум права. — 2009. — № 1. — С. 543–550.

155. Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии) : сборн. законодат. матер. / под ред. И. Д. Козочкина. — М. : Зерцало, 1999. — 352 с.

156. Уголовный кодекс Австралии 1995 г. / научное редактирование и предисловие канд. юрид. наук, проф. Ивана Дани-

ловича Козочкина, Елены Николаевны Трикоз. — СПб. : Юридический центр пресс, 2002. — 388 с.
157. Уголовный кодекс РСФСР 1922 г.: Общая часть. — М., 1922. — 190 с.
158. Уголовное законодательство стран Европейского союза: учебное пособие / А. Н. Ежов, Н. А. Селяков. — М., Архангельск, Юпитер, 2005. — 240 с.
159. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая / Багрий-Шахматов Л. В., Бажанов М. И., Бурчак Ф. К., Даньшин И. П. и др.; отв. ред. Бурчак Ф. Г. — К. : Наук. думка, 1985. — 447 с.
160. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части : учеб. / отв. ред. Е. Л. Стрельцов. — Х. : ООО «Одиссей», 2006. — 720 с.
161. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть : учеб. пособ. / под ред. И. Д. Козочкина. — М., 2003. — 336 с.
162. Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть : учеб. пособие / под ред. и с предисл. И. Д.Козочкина. — М. : Издательский дом «Камерон», 2004. — 528 с.
163. Уголовное Уложение : проект Редакционной Комиссии и объяснение к нему. — СПб., 1895. — Т. 6. — с. 92–93.
164. Уголовно-процессуальный кодекс Украины (с изменениями и дополнениями по состоянию на 20 февраля 2013 года). пер. Фокина Л. И. / Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінально-процесуального кодексу України». — Х.: ТОВ «Одисей», 2013. — 384 с.
165. Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации — 17 июня 1996 г. — № 25. — Ст. 2954.
166. «У Дніпропетровській області міліціонер застрелив підлітка, ще один поранений» (ТСН : новини) [Електронний ресурс] / ТСН : офіційний веб-сайт. — Режим доступу до

документа: http://tsn.ua/ukrayina/u-dnipropetrovskiy-oblasti-miliconer-zastreliv-pidlitka-sche-odin-poraneniy.html — назва з екрану.
167. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1842 года. — Екатеринослав, 1909. — 480 с.
168. Утевский Б. С.Вина в советском уголовном праве / Б. С. Утевский. — М. : Госюриздат, 1950. — 316 с.
169. Ухвала колегії суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України по справі № 05-13712007 від 27 березня 2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/659668 — назва з екрану.
170. Ухвала колегії суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України від 7 лютого 2008 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1718884 — назва з екрану.
171. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26.07.2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://reyestr.court.gov.ua/Review/916217 — назва з екрану.
172. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26.04.2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://reyestr.court.gov.ua/Review/659437 — назва з екрану.
173. Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України (витяг) від 13.07.2000р. : (Рішення Верхо-

вного Суду України) [Електронний ресурс] / Верховний Суд України : інформаційний сервер. — Режим доступу до документа: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/6599b772ff0ee802c2256c5600510cbd?OpenDocument — назва з екрану.

174. Ухвала судової палати з кримінальних справ апеляційного суду Рівненської області від 25 вересня 2007 року по справі № 11а-463\2007 р. : (Єдиний державний реєстр судових рішень) [Електронний ресурс] / Державне підприємство «Інформаційні судові системи». — Режим доступу до документа: http://reyestr.court.gov.ua/Review/2157655 — назва з екрану.
175. Федеральный закон Российской Федерации от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации». — «Собрание законодательства РФ». — № 48. — 2010. — Ст. 6252.
176. Федеральный закон Российской Федерации от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции». — «Собрание законодательства РФ». — № 7. — 2011. — Ст. 900.
177. Филиппов А. Н. История русского права : От Соборного Уложения царя Алексея Михайловича до издания Свода законов (лекции) / А. Н. Филиппов. — 5-е изд., изм. и доп. — М. : Литография Иванова, 1889–1890. — 1006 с.
178. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. для студ. вищих навч. закладів / П. Л. Фріс. — К. : Атіка, 2004. — 488 с.
179. Харитонов С. О. Основания правомерного применения работниками милиции огнестрельного оружия / С. О. Харитонов // Вісник Університету внутрішніх справ. — 2000. — № 10. — С. 82–86.
180. Харченко В. Б. Уголовное право Украины. Общая и Особенная часть : конспект лекций / под ред. В. Б. Харченко : Изд. третье, перераб. и допол. — К. : Атика, 2005. — 272 с.

181. Хохлова І. В., Шем'яков О. П. Кримінальне право зарубіжних країн : навч. посіб. / І. В. Хохлова, О. П. Шем'яков. — К. : Центр навчальної літератури, 2006. — 256 с.
182. Храмов с. М. Необходимая оборона и причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, в уголовном законодательстве различных стран / С. М. Храмов // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ : збірн. наук. праць. — 2003. — № 2. — С. 226–233.
183. Чайковский А. С. За законом і над законом: з історії адміністративних органів і поліцейсько-жандармської системи в Україні (IX — початок XX ст.) / А. С. Чайковський, М.Г. Щербак. — К. : Україна, 1996. — 286 с.
184. Черевко К. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика потерпілої від незаконного проведення аборту / К. Черевко // Юридична Україна. — 2009. — № 2. — С. 98–105.
185. Шаргородский М. Д. Вопросы Общей части уголовного права: законодательство и судебная практика / М. Д. Шаргородский. — Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. — 256 с.
186. Шавгулидзе Т. Г. К вопросу о квалификации случаев мнимой обороны / Т. Г. Шавгулидзе // Социалистическая законность. — 1964. — № 10. — С. 44–45.
187. Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона / Т. Г. Шавгулидзе. — Тбилиси : Мецниереба. — 1966. — 158 с.
188. Шафіков Е. Р. Застосування табельної вогнепальної зброї співробітниками органів внутрішніх справ: теорія і практика / Е. Р. Шафіков // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2004. — № 4. — С. 190–197.
189. Шафіков Е. Р. Необхідна оборона: особливості кримінально-правового регулювання / Е. Р. Шафіков // Вісник Хмельницького ін-ту регіонального управління та права. — 2004. — Вип. 1-2. — С. 189–195.

190. Якубович М. И. Вопросы теории и практики необходимой обороны / М. И. Якубович. — М. : ВШ МВД РСФСР, 1961. — 227 с.
191. Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника / М. И. Якубович. — М. : Знание, 1976. — 80 с.
192. Ярочкин В. И. Гражданское оружие / В. И. Ярочкин. — М. : Ось-89, 1995. — 112 с.

Наукове видання

Стрельцов Євген Львович
Орловський Богдан Михайлович

ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ ПРИ ЗАХИСТІ ВІД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ПОСЯГАННЯ:

напрямки удосконалення кримінально-правового регулювання

Монографія

Редактор Т. Р. Короткий
Коректор В. В. Куркан
Верстка В. Г. Вітвицька

Здано в роботу 18.03.2014 р. Підписано до друку 06.05.2014 р.
Формат 60х84/16. Обл.-вид. арк. 17,81. Ум.-друк. арк. 22,56. Папір офсетний.
Друк на дуплікаторі. Зам. 1405-02. Тираж 300 прим. Ціна договірна.

Видано і віддруковано ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.02).
Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. (048) 7777-591.
e-mail: maritimebooks@yandex.ru
www.law-books.od.ua



СТРЕЛЬЦОВ Євген Львович
доктор юридичних наук, доктор теології, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України,
вчений секретар Південного регіонального центру Національної академії правових наук України



ОРЛОВСЬКИЙ Богдан Михайлович
кандидат юридичних наук, адвокат.
У 2009 році закінчив з відзнакою магістратуру Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова.
У 2009-2012 роках навчався та закінчив аспірантуру Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова за спеціальністю 12.00.08 "Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право".