

**Б. М. ОРЛОВСЬКИЙ. ІНСТИТУТ НЕОБХІДНОЇ ОБОРОНИ:
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ**

Досліджено інститут необхідної оборони у кримінальному праві України та зарубіжних країн. Аналізу піддається поняття «необхідна оборона» та її основні положення, які стосуються правомірного нанесення шкоди особі, що посягає. Пропонуються відповідні зміни до ст. 36 КК України.

Ключові слова: *необхідна оборона, захист, нанесення шкоди, смертельна фізична сила, суспільно небезпечне посягання.*

Исследуется институт необходимой обороны в уголовном праве Украины и зарубежных стран. Анализируется понятие «необходимая оборона» и ее основные положения, которые касаются правомерного причинения вреда посягающему лицу. На основании проведенного исследования предлагаются соответствующие изменения в ст. 36 УК Украины.

Ключевые слова: *необходимая оборона, защита, причинение вреда, смертельная физическая сила, общественно опасное посягательство.*

We study the Institute of necessary defensive in the criminal law of Ukraine and foreign countries. The concept of «necessary defensive» and it substantive provisions, which touch the legitimate causing of harm a person which encroaches is analyzed. On the basis of research the proper changes are offered to the article 36 of the Criminal code of Ukraine.

Key words: *necessary defensive, defense, causing of harm, mortal physical force, publicly dangerous encroachment.*

Розбудова в Україні соціальної держави в умовах правової євроінтеграції передбачає, що людина, її життя та здоров'я, честь і гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю і їх захист є пріоритетним напрямком кримінально-правової політики української держави. В рамках цього постає питання про необхідність ефективного забезпечення правового регулювання інституту необхідної оборони у кримінальному праві України, як гарантії захисту громадянами своїх конституційних прав та свобод на рівні міжнародних стандартів.

Дослідженням інституту необхідної оборони в кримінальному праві України та в кримінальному праві зарубіжних країн (Англії, США, Росії, Німеччині, Франції) займалися такі вчені, як наприклад П.П. Андрушко, Ю.В. Баулін, Л.М. Гусар, С.А. Кулинич, С.І. Міронов, Н.Н. Паше-Озерський, Л.Н. Смирнова, І.С. Тишкевич, І.В. Ткаченко, І.В. Хохлова, О.П. Шем'яков, та інші. В даній статті автор, спираючись на попередні дослідження, ставить на меті проаналізувати і порівняти поняття та основні положення інституту необхідної оборони в українському та зарубіжному (американському і континентальному) законодавстві, виявити позитивні та негативні моменти в правовому регулюванні цього інституту, та, на основі здійснюваного дослідження, вносить відповідні пропозиції до законодавства України. Актуальність обраної тематики обумовлена також значною кількістю помилок, які робляться слідчими та суддями при розгляді кримінальних справ з питань наявності чи відсутності необхідної оборони при нанесенні тяжкої шкоди особі, що посягає.

Відповідно до ст. 36 Кримінального кодексу України (далі – 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 посягання¹. Згідно з ст. 122-5 КК Франції необхідною обороною визнається вчинення дії особою, що піддалася необгрунтованому посяганням у відношенні себе або інших осіб, які викликані необхідністю правомірною захисту себе чи інших осіб, за виключенням випадків явної невідповідності між використаними засобами захисту і тяжкістю посягання. Окремо зазначається про необхідну оборону під час захисту власності, яка можлива при відповідності засобів захисту тяжкості злочинного діяння, та за виключенням вчинення умисного вбивства особи, яка посягає. Необхідна оборона відповідно до параграфу 32 КК ФРН це захист, який потрібен для того, щоб відвернути наявний протиправний напад на себе або кого-небудь іншого². В Англії Законом «Про кримінальне право» 1967 р. передбачено, що необхідна оборона здійснюється шляхом застосування особою розумної фізичної сили для захисту себе, іншої особи та майна. Відповідно до законодавства США необхідна оборона здійснюється шляхом застосування особою фізичної сили до нападаючого тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що це необхідно для захисту себе або третьої особи від застосування чи наявної загрози застосування протиправної фізичної сили³.

Аналізуючи вищезазначені положення необхідної оборони в кримінальному законодавстві зарубіжних країн, зокрема англо-американських, можна зробити висновок, що об'єктом захисту у них виступає по-перше життя і здоров'я, права і свободи особи, по-друге життя і здоров'я, права і свободи інших осіб та по-третє власність. Українське законодавство об'єктом захисту у необхідній обороні визначає «охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається або іншої особи, суспільні інтереси та інтереси держави»⁴. На нашу думку, таке визначення об'єкта необхідної оборони є досить загальним формулюванням, незрозумілим звичайним громадянам та застарілою конструкцією, яка збереглася ще за часів СРСР. У зв'язку з перетворенням України у демократичну і соціальну державу, кримінальне законодавство повинно спрямовуватись в першу чергу на захист людини і громадянина. Зокрема С. Кулинич та А. Волков зазначають, що положення ст. 36 КК України є втіленням у кримінальне законодавство конституційних засад про права кожного на захист свого життя і здоров'я, гарантованої недоторканності житла, а також на захист будь-якої особи від злочинних посягань⁵. Тому ми вважаємо, що об'єктом захисту у необхідній обороні потрібно розглядати саме «життя і здоров'я, права і свободи громадян, власність» і лише потім «суспільні інтереси».

Також незрозумілою у визначенні необхідної оборони за ст. 36 КК України є фраза «необхідна оборона це дії, вчинені з метою... шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди». Так, дії особи, що захищається не можуть бути вчинені шляхом заподіяння шкоди, вони повинні бути направлені на заподіяння шкоди. Тому вищевказане формулювання в ст. 36 КК України необхідно змінити наступним чином: «необхідна оборона це дії, вчинені з метою...направлені на заподіяння тому, хто посягає, шкоди», тобто заподіяння шкоди виступає як можливий результат цих дій, який в певних випадках може і не бути.

Відповідно до викладеного у ст. 36 КК України поняття «необхідна оборона», на нашу думку, потрібно визначити як «дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, направлені на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайно-

го відвернення чи припинення посягання». Ми вважаємо, що саме таке визначення найбільш повно відображає основні положення цього інституту на сучасному етапі розвитку українського суспільства, та є більш зрозумілим звичайному громадянину, ніж те, яке закріплене у кодексі.

Відповідно до ст. 36 КК України необхідна оборона здійснюється шляхом заподіяння особі, що посягає шкоди: тяжкої (смерть, тяжкі тілесні ушкодження) та нетяжкої (середні та легкі тілесні ушкодження). У США та Англії захист (необхідна оборона) здійснюється шляхом застосування фізичної сили, яку можна поділити на: смертельну (вбивство нападаючого чи нанесення тяжкої шкоди його здоров'ю) і звичайну⁶.

Відповідно до нашого законодавства нанесення тяжкої шкоди є правомірним, якщо вона відповідає небезпеці посягання та обставинам захисту і у випадках: захисту від нападу озброєної особи; захисту від нападу групи осіб; попередження протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи⁷. Однак, ці випадки ні в КК України ні в Пленумі Верховного Суду «Про судову практику у справах про необхідну оборону» не розкриваються. Згідно КК штату Нью-Йорк застосування смертельної фізичної сили можливо, коли особа, що захищається, розумно передбачає, що нападник застосовує або ось-ось почне застосовувати смертельну фізичну силу, а також у випадках, коли: особа вчиняє або намагається вчинити вбивство, викрадення людини, звалтування чи пограбування; особа намагається вчинити берглері (незаконне проникнення до житла з метою вчинити злочин); особа, на яку напали знаходиться у своєму житлі і не є початковим агресором; особа, на яку напали є працівником поліції, посадовою особою, що наглядає за дотриманням громадського порядку, або особою, яка першою надала допомогу⁸.

Аналізуючи ці випадки можна зробити висновок, що у кримінальному праві США передбачений більший перелік привілейованих 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), звалтування (ст. 152 КК України), пограбування (ст. 186, 187 КК України), захисту житла від берглері та захисту нерухомого майна від підпалу.

Особливо цікавим є випадок захисту особою свого житла від берглері (незаконного проникнення до нього з метою вчинити злочин). У нашому законодавстві йому відповідає 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, якщо агресор ввійшов до житла звичайним або оманним шляхом (наприклад по якій-небудь справі, відрекомендувавшись соціальним працівником) і намагається вчинити у житлі тяжкий злочин, положення про нанесення тяжкої шкоди при протиправному насильницькому проникненні до житла у випадку необхідної оборони розповсюджуватись не будуть.

Наведемо приклад з практики: 8 червня 2001 р. о 20 год. до будинку, де С. мешкав із сім'єю, зайшов П. у стані алкогольного сп'яніння. Коли С. запропонував йому піти проспатися, П. почав йому погрожувати, вихопив із рук С. металеву товчачку, 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 збраряддя, яке не відповідає небезпечності посягання та обставовці захисту⁹.

Тому, на нашу думку, необхідно визначити передбачені у ч. 5 ст. 36 КК України випадки «випадками правомірності нанесення тяжкої шкоди» і включити до їх переліку наступний – «захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі», правомірність якого повинна залежати від оцінки судом того факту, чи дійсно особа, що посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи чи ні. Якщо особа, яка посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи, то захист від її посягання, незалежно від тяжкості завданої шкоди, не буде перевищенням меж необхідної оборони. Також необхідно визначити поняття протиправного насильницького вторгнення до житла під яким, на нашу думку, необхідно розуміти протиправне проникнення особи до житла чи іншого приміщення шляхом подолання перешкод або опору людей з метою вчинити в ньому злочин.

Цікавим для розгляду при застосуванні необхідної оборони є також випадок захисту від нападу озброєної особи. Ми вважаємо що в ч. 5 ст. 36 КК України необхідно переформулювати його на випадок «нападу або погроз озброєної особи, яка намагається вчинити злочин», оскільки озброєна особа може і не нападати, а, погрожуючи застосуванням зброї створювати реальну загрозу життю і здоров'ю потерпілого, вимагати щоб потерпілий сів у машину з метою його викрадення чи здійснювати інші протиправні дії відносно потерпілого. Слово «напад» значно обмежує в таких випадках ініціативу потерпілого при нанесенні тяжкої шкоди особі, що посягає. Вказана позиція підтверджується також матеріалами з практики: 29 лютого 2004 р. вдень Ш. побачив, що на його подвір'я зайшов сусід Б., який почав розмахувати сокирою перед його матір'ю і погрожувати їй розправою. Побоюючись за життя матері він схопив дерев'яний держак від лопати, вибив сокиру з рук Б. і після цього ударив ним його по голові. Звенигородський районний суд Черкаської області вироком від 26 травня 2005 р. засудив Ш. за умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень по ч. 1 ст. 121 КК України на п'ять років позбавлення волі. Ухвалою Верховного Суду України дії Ш. були перекваліфіковані на ст. 124 КК України (заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони) і покарання йому було змінено до 2 років обмеження волі, оскільки Ш., сприйнявши дії озброєного сокирою Б. як реальну загрозу життю і здоров'ю матері, при цьому перевищив межі необхідної оборони. Це виразилось у тому, що після того, як він державком 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 необхідністю¹⁰.

Таким чином ст. 36 КК України «Необхідна оборона», на нашу думку, необхідно доповнити вказаними вище положеннями і викласти у наступній редакції:

«ч. 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 шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обставовці для негайно-

го відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

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

Узагальнюючи все вищезазначене, можна зробити висновок, що зарубіжне і, зокрема, американське законодавство з інституту необхідної оборони є більш зрозумілим «звичайному» громадянину при його вивченні і застосуванні та надає йому значну ініціативу для захисту свого житла і своєї власності, прямо вказуючи на можливість застосування громадянином у певних випадках навіть смертельної фізичної сили для їх захисту. Вважаємо, що сучасна кримінально-правова політика української держави стосовно необхідної оборони повинна будуватись на існуючих положеннях цього інституту з внесенням запропонованих нами змін і доповнень та з урахуванням певних позитивних моментів зарубіжного досвіду, про які зазначалося в цій статті. Саме у подальшій конкретизації права особи на необхідну оборону ми вбачаємо важливу гарантію захисту державою невід'ємних прав і свобод людини від злочинних посягань, яка повинна стати ще одним кроком уперед на шляху формування в Україні правової та соціальної держави.

1. *Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар*. Видання п'яте, перероблене та доповнене / Відп. ред. Є. Л. Стрельцов. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – С. 85. 2. *Смирнова Л.Н.* Обстоятельства, исключющие преступность деяния, по законодательству некоторых западно-европейских государств // Вестник Томского государственного университета. – 2008. – № 3. – С. 130-131. 3. *Миронов С.И.* Необходимая оборона по уголовному праву Англии и США: особенности регулирования // Государство и право. – 2002. – № 6. – С. 61-63. 4. *Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар*. Видання п'яте, перероблене та доповнене / Відп. ред. Є. Л. Стрельцов. – С. 85. 5. *Кулинич С., Волков А.* Необходима оборона як захист особи від злочинних посягань // Вісник Прокуратури. – 2009. – № 1. – С. 69. 6. *Орловський Б.М.* Інститут необхідної оборони за кримінальним правом України та США: порівняльний аналіз // 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. 115. 7. *Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар*. Видання п'яте, перероблене та доповнене / Відп. ред. Є. Л. Стрельцов. – С. 88. 8. Хохлова І. В., Шем'яков О. П. Кримінальне право зарубіжних країн: Навчальний посібник. – К.: Центр навч. літ. 2006. – С. 110; *Гусар Л. І.* Порівняльна характеристика кримінального права зарубіжних країн: необхідна оборона // Вісник Прокуратури. – 2008. – № 2. – С. 121. 9. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: офіційне видання / Відп. ред. Пилипчук П. П. – К.: Ін Юре, 2006. – С. 74-75. 10. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: офіційне видання / Відп. ред. Пилипчук П. П. – К.: Ін Юре, 2006. – С. 78-79.