



Шафіков Є.Р.,

*асистент кафедри кримінального права
та процесу Хмельницького інституту
регіонального управління та права*

НЕОБХІДНА ОБОРОНА: ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Право на необхідну оборону – найдавніше право людини. Про нього йде мова у “Руській правді”, в інших, більш пізніх законодавчих актах. Необхідна оборона – один з найважливіших юридичних інститутів. Її значення полягає в тому, що вона є однією з найважливіших гарантій реалізації гарантованого Конституцією прав на захист від протиправних посягань.

Питанням необхідної оборони присвятили свої наукові праці М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.В. Стасиш, В.П. Віденко, В.Л. Зуєв, В.Ф. Кириченко, І.С. Тишкевич, В.І. Ткаченко, М.М. Якубович, М.А. Фомін, О. В’ялий та інші. В цій статті ставиться завдання розглянути лише деякі проблемні питання необхідної оборони та визначити можливі шляхи їх вирішення.

Стаття 27 Конституції України передбачає, що кожна людина має право захищати своє життя і здоров’я, життя і здоров’я інших людей від протиправних посягань, а ст. 41 – гарантує непорушність права власності.

Положення Конституції доповнюються і конкретизуються статтею 36 Кримінального кодексу України, в якій зазначено (ч. 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”.

“Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно-небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади” (ч. 2 ст. 36 КК).

Хоча держава і визначила у законодавчому порядку право на самозахист, але до цього часу багато питань, які стосуються даного інституту кримінального права, залишаються спірними як у теорії, так і на практиці.

Як показали неодноразові дослідження практики, громадяни не завжди реалізують своє право на необхідну оборону, небезпідставно побоюючись притягнення до кримінальної відповідальності за перевищення її меж.

Не є таємницею, що до осіб, які мають професійну, спеціальну підготовку, володіють прийомами боротьби, зброєю, теоретики і практики пред’являли завищені вимоги щодо застосування засобів захисту, по суті – діяти з “оглядкою”. Не можна з впевненістю сказати, що і з прийняттям норми про необхідну оборону у новій редакції, це питання буде закрито. На нашу думку, в ч. 2 ст. 36 ККУ доцільно внести доповнення такого змісту: “Кожна особа має право на необхідну оборону, незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади, а також, незалежно від їх професійної, спеціальної підготовки або службового становища”.

Підставами необхідної оборони за змістом ч. 1 ст. 36 КК є суспільно небезпечне посягання та необхідність в негайному його відверненні.



Суспільно небезпечним посяганням визнається не тільки злочинне посягання, а й будь-яке інше суспільно-небезпечне посягання, що не є злочином. Воно може полягати не лише у нападі, але й у діях, що не мають характеру нападу¹.

Деякі вчені, зокрема, М.Й. Коржанський, вважають, що посягання повинно мати характер нападу, який загрожує тяжкими наслідками².

Але з цим напевно можна погодитись, оскільки подібне твердження суттєво звужує право на необхідну оборону.

Захист допускається і щодо необережних дій або навіть невинних дій особи, якщо ними створювалась реальна загроза заподіяння шкоди інтересам, які охороняються законом, наприклад, від психічно хворої людини, від особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності.

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, а якщо це неможливо, то намагатися спричинити мінімальну шкоду³.

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 вони неодноразово вчиняли навіть особливо тяжкі суспільно небезпечні діяння. Частина 1 ст. 36 Кримінального кодексу України не робить ніяких виключень щодо осіб, від посягання яких допустима необхідна оборона.

В літературі пропонується визнавати суспільно небезпечним посяганням, щодо якого допускається необхідна оборона, і таке посягання, яке здійснюється бездіяльністю особи, наприклад, насильство до матері, яка відмовляється годувати свою новонароджену дитину, до нетверезого водія, який створює аварійну обстановку тощо.

Не всі юристи поділяють дану точку зору, вважаючи, що це може призвести до збільшення випадків самоправства. На їхню ж думку, при припиненні суспільно небезпечної бездіяльності, виникає стан крайньої необхідності, а не необхідної оборони. Ю.М. Ткачевський цілком слушно заперечує, що самоправство можливе і при активній діяльності, а припинення суспільно небезпечної бездіяльності, коли шкода завдається безпосередньо посягаючій особі, містить ознаки необхідної оборони, а не крайньої необхідності⁴.

Умовою необхідної оборони є наявність суспільно небезпечного посягання, яке означає, що воно повинно бути наявним, дійсним, реальним, а не в уяві особи, тобто таким, що фактично розпочалось і ще не закінчилось. Як правило, виявляється воно в активних умисних діях особи, що здійснює посягання: застосування насильства, намагання протиправно заволодіти майном, заподіяти шкоду, перешкодити нормальній роботі підприємств, установ, організацій тощо.

Як зазначено в п. 2 абз. 2 постанови №1 від 26 квітня 2002 р. 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. При з’ясуванні такої загрози необхідно враховувати

¹ Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник. За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.-Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С. 251.

² Коржанський М.Й. Уголовне право України. Загальна частина. Курс лекцій. – К., 1996. - С. 219.

³ Ткачевський Ю.М. Інститут необхідної оборони // Вестник МГУ. Сер. 11 Право. – 2003. - № 1. – С. 25.

⁴ Там само. – С.25.



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.” Виходячи із змісту постанови, немає необхідності вичікування нанесення першого удару правопорушником. Негайність відвернення чи припинення наявного суспільно небезпечного посягання є істотним елементом підстав необхідної оборони, яке означає, що громадянин змушений невідкладно заподіяти шкоду тому, хто посягає. Вона може виражатися у різних формах: спричиненні шкоди здоров'ю різної ступені тяжкості, у позбавленні волі, пошкодженні майна тощо. Як свідчить практика, найчастіше особі, яка посягає, завдається шкода здоров'ю.

Якщо посягання вже закінчено і це усвідомлюється потерпілим, стан необхідної оборони виключається, але виникає право на затримання злочинця.

Разом з тим, якщо захист здійснено безпосередньо хоча б і за закінченим посяганням, але для особи, яка обороняється момент закінчення посягання не був ясним, стан необхідної оборони не втрачається⁵.

При необхідній обороні шкода завдається лише тому, хто посягає. Якщо шкода заподіяна іншим особам, вона не підпадає під ознаки необхідної оборони. В цих випадках питання про відповідальність вирішується на загальних підставах.

Не допускається необхідна оборона проти правомірних дій інших осіб, навіть якщо ними заподіяна шкода інтересам, що охороняються, щодо осіб, які діють в стані необхідної оборони, крайньої необхідності, при затриманні злочинця, при виконанні професійних, службових обов'язків.

Важливою ознакою необхідної оборони є її співрозмірність, тобто межі її правомірності. Безпосередньо в Законі вони не визначені, але при цьому слід враховувати характер, ступінь суспільно небезпечного посягання і обстановку захисту. Чим більша небезпечність посягання, тим більші межі допустимості шкоди (наприклад, тяжкі тілесні ушкодження, вбивство).

Обстановка захисту залежить від фактичного співвідношення сил, можливостей і засобів особи, яка захищається, і особи, яка посягає.

Межі співрозмірності впливають із змісту ч.ч. 2 і 3 ст. 36 КК. За ч. 3 ст. 36 **перевищенням меж необхідної оборони** визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. У зв'язку з цим кримінальна відповідальність за такі дії настає лише у випадках, спеціально передбачених ст. 118 та ст. 124 КК.

Особа, яка захищається, повинна усвідомлювати про явну невідповідність тяжкої шкоди, яку вона завдає, характеру і ступеню посягання та обстановці захисту. Вирішальним тут є суб'єктивне ставлення особи до заподіяної шкоди, тобто вона має місце при наявності прямого умислу.

Відповідно до п. 5 згаданої постанови Пленуму Верховного Суду України, для того, “щоб установити наявність або відсутність ознак перевищення меж необхідної оборони, повинні враховуватись 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”, (наприклад, наявність зброї, інших предметів, загрозливі висловлювання, рухи, поведінка тощо).

⁵ Там само. - С.29.



Питання про співвідношення суспільно небезпечного посягання і захисних дій вирішується у кожному конкретному випадку. Закон не вимагає, щоб зброя чи засоби, які використовуються для захисту були адекватними тим, які застосує особа, що здійснює посягання, наприклад, вогнепальна зброя проти металевого прута чи коли той, хто посягає, взагалі не використовує ніяких зброя, предметів, але за своїми фізичними параметрами переважає особу, яка захищається, володіє прийомами боротьби тощо.

За певних обставин незброєна особа може становити значну небезпеку для життя чи здоров'я. Встановлення, оцінка та кваліфікація цих обставин у правозастосовчій практиці є досить складними. Наприклад, застосування вогнепальної зброї проти особи, яка наносить удар кулаком. При поверхневому підході це може розцінюватись як явна неспіврозмірність засобів захисту і небезпечності посягання, тобто як перевищення меж необхідної оборони. Але нанесення удару кулаком може потягти наслідки рівнозначні пострілу із пістолета. Наприклад, особа володіє прийомами боксу, східних єдиноборств. Крім того у особи, яка захищається, не залишається часу на аналіз цих обставин, оскільки вона повинна діяти негайно, що є вимогою кримінального закону (ч. 1 ст. 36 КК).

Як вже зазначалося, за перевищення меж необхідної оборони, відповідальність настає лише за умисне вбивство та умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень.

Однак ця норма не враховує і не диференціює характер і ступінь суспільно небезпечного посягання, від якого здійснюється захист. На наш погляд, доцільно в законодавчому порядку виключити кримінальну відповідальність при перевищенні меж необхідної оборони за ознаками ст. ст. 118, 124 КК, якщо потерпіла особа оборонялась від посягання, яке загрожувало її життю чи спричиненню тяжких тілесних ушкоджень, або завданню такої шкоди іншим особам.

Разом з тим захист малоцінних благ, при яких спричинена тяжка шкода, не може вважатися перевищенням необхідної оборони, а повинен кваліфікуватись як вчинення звичайного злочину, наприклад, при крадіжці на дачній ділянці овочів, власник вчиняє вбивство особи, яка посягала на це майно.

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 (ч. 4 ст. 36 КК).

Слід відрізнити необхідну оборону від уявної. За ч. 1 ст. 37 КК 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.

Відповідальність при уявній обороні залежить від виду допущеної помилки.

Так, такою, що виключає кримінальну відповідальність за ч. 2 ст. 37 КК, є помилка, коли обстановка, яка склалася, давала особі підставу вважати, що мало місце реальне посягання і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, тобто помилялась добросовісно, вважаючи, що діє правомірно. Питання про відповідальність у цьому випадку вирішується в залежності від конкретних обставин справи.

Якщо ж особа в обстановці, що склалася, не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення щодо реальності суспільно-небезпечного посягання, але перевищила межі захисту, які потрібно було застосувати, її дії мають розцінюватись як перевищення меж необхідної оборони (ч. 3 ст. 37 КК). 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 (ч. 4 ст. 37 КК). В цьому випадку



помилка є невивчаальною, тобто об'єктивні і суб'єктивні обставини не давали особі достатніх підстав помилятися щодо суспільної небезпечності посягання, а тому може тягнути кримінальну відповідальність за вбивство через необережність (ст. 119) чи необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст. 128 КК).

На практиці може мати місце так звана провокація необхідної оборони, тобто провокація суспільно небезпечного посягання для надання зовнішньої правомірності заподіяння начебто у стані необхідної оборони шкоди особі, спровокованої на таке посягання. Дії особи, яка завдала шкоду іншій особі, спровокованої нею на суспільно небезпечне посягання, мають кваліфікуватись як умисний злочин, у залежності від наслідків і спрямованості умислу⁶.

Суттєве розширення поняття ознак правомірності необхідної оборони, які регулюються ст. 36 КК України є значним розвитком доктрини національного кримінального права, яка більш повно забезпечує право громадян на захист від суспільно небезпечних посягань.

Однак це зовсім не означає, що проблеми, пов'язані з інститутом необхідної оборони у правозастосовчій практиці будуть зняті. Так, на особу, яка захищається, покладається фактичний обов'язок прогнозування суспільно небезпечного посягання. При цьому той, хто посягає, зазвичай не повідомляє про ступінь шкоди, яку має намір завдати, більш того, він може діяти і з невизначеним умислом⁷.

Закон не дає роз'яснень, що таке суспільно небезпечне посягання. Не дає його і згадана постановка Пленуму Верховного Суду України, а це може призвести до неоднозначного його тлумачення.

Межі заподіяння шкоди особі, яка вчиняє посягання, законом також чітко не визначені. Що слід розуміти під заподіянням шкоди “необхідної і достатньої в даній обстановці”?

На практиці виникають ситуації, які призводять до різноманітної оцінки дій особи, яка захищається, а внаслідок неправильної їх кваліфікації – до винесення неправосудних вироків⁸.

Слідчі і судові органи повинні давати правову оцінку діям особи, яка захищається і особи, яка вчиняє посягання, з точки зору їх співрозмірності.

Оціночні ознаки є недосконалим і складним явищем, вносять певну невизначеність і труднощі при розгляді справ про необхідну оборону. Невідомо ще, хто залишиться в ролі обвинуваченого, а хто – потерпілого⁹.

Частина 5 ст. 36 КК України дає право громадянину на застосування зброї або будь-яких інших предметів для захисту від нападу озброєної особи, групи осіб, при відверненні протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення і, незалежно від тяжкості заподіяної шкоди тому, хто посягає, звільняє його від кримінальної відповідальності.

Однак і за таких умов це право не надає громадянину або особі, яка виконує свої професійні обов'язки по захисту законних інтересів, впевненості у правильності застосування зброї чи інших предметів для самозахисту. За певних обставин особи, які їх застосували під час захисту (наприклад, при відсутності свідків), з потерпілих можуть перетворюватись у підозрюваних у вчиненні злочину, бувають менш захищеними, змушені виправдовуватись щодо правомірності своїх дій.

⁶ Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник. За ред. П.С. Матищевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. – К.: Юрінком Інтер, 1998. - С.209.

⁷ Афанасьев А. Новые вопросы старого института необходимой обороны // Российская юстиция. - 2002. - №7. - С.61.

⁸ Вялий О. Оборона потребує захисту // Право України. – 2001. - №4. - С.109.

⁹ Фомин М.А. Право граждан на оборону // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. – 2000. - №5. - С.89.



Реалії полягають у тому, що громадяни, як правило, не володіють окремими нюансами, знаннями щодо умов правомірності необхідної оборони або перевищення її меж.

Навіть професіоналам-юристам, постфактум, буває складно визначитися щодо правомірності чи неправомірності дій особи, яка захищалась. Як покаже практика, громадяни рідко використовують право на необхідну оборону. Виникає чимало проблем і при застосуванні вогнепальної зброї працівниками правоохоронних органів (наприклад, міліції).

За своїм змістом ч. 5 ст. 36 КК України фактично дає абсолютне право на застосування зброї при зазначених в ній обставинах, незалежно від тяжкості наслідків, аж до заподіяння смерті. При всій позитивності цієї норми, однозначно оцінювати її не можна. Адже навіть суд не вправі виносити смертний вирок, оскільки смертна кара як вид покарання виключена із Кримінального кодексу. Частиною 5 ст. 36 КК не враховуються мотиви, мета протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, а вони можуть бути різними. Якщо припустити, що це не має значення, тоді законодавець повинен був застосувати формулу: "... вторгнення у житло чи інше приміщення з будь-якою метою". В Особливій частині КК України існує ст. 162, яка регламентує відповідальність за незаконне проникнення до житла, в тому числі із застосуванням насильства чи з погрозою застосування такого насильства (ч. 2). Санкцією цієї норми передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від двох до п'яти років, тобто за класифікацією це є злочином середньої тяжкості.

В наявності - колізія норм Загальної частини – ч. 5 ст. 36 та Особливої частини – ст. 162 КК щодо забезпечення охорони недоторканості житла. В першому випадку закон дає індульгенцію аж на заподіяння смерті, у другому – позбавлення волі лише на строк 2-5 років.

В життєвих ситуаціях можливі й казуси. Наприклад, внаслідок добросовісної помилки, нетвереза людина замість своєї квартири, намагається зайти в чуже житло, розташоване на іншому поверсі того ж самого під'їзду, не маючи при цьому ніяких протиправних намірів, а в результаті пострілу в неї, вона позбавляється життя. Як, в такому випадку, стикуються положення ч. 5 ст. 36, яка надає безумовне право на застосування зброї при насильницькому вторгненні у житло, і положення ч. 1 цієї ж статті, що захист повинен бути "необхідним і достатнім в даній обстановці"? Незалежно від того, яке б не було прийняте рішення в такій ситуації, воно не буде адекватним такому наслідкові як позбавлення життя людини. В іншому випадку, наприклад, особа вчиняє вбивство з особистих мотивів, але враховуючи відсутність, наприклад, свідків і інших об'єктивних доказів, висуває версію, що мало місце незаконне вторгнення у її житло. В залежності від характеру оцінки, це може призвести до полярно протилежних правових рішень.

Не вирішене і таке питання в законі, чи повинна особа, яка захищається, попереджувати про намір застосувати зброю. Адже сам факт такого попередження може припинити продовження суспільно небезпечного посягання.

На наш погляд, в ч. 5 ст. 36 КК України, яка надає право на застосування зброї чи інших предметів, незалежно від тяжкості наслідків (аж до заподіяння смерті), слід було б передбачити, що така шкода може бути завдана лише при умові загрози життю чи іншими тяжкими наслідками.

Проблемним і спірним є питання щодо застосування технічних засобів, пристроїв для захисту від посягання. Ні у законі, ні у відповідній постанові Пленуму Верховного Суду України про це не згадується. Мова йде не про звичайні засоби попередження проникнення у житло чи інше приміщення, а про ті, які за своїми характеристиками можуть заподіяти тілесні ушкодження будь-якого ступеню тяжкості або призвести до смертельного наслідку. Встановлення таких засобів заздалегідь для "можливого" попередження проникнення на об'єкт власності, більшістю теоретиків і практиків вважається такими, що не відносяться до правомірних умов необхідної



оборони, і не виключають кримінальної відповідальності при настанні відповідних наслідків, оскільки відсутні наявність і реальність посягання.

Якщо ж аналізувати ч. 5 ст. 36 КК України, якою передбачена можливість застосування “засобів чи предметів” для захисту від “протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення”, то вона не дає відповіді на питання – чи вони можуть бути застосовані безпосередньо тільки самою особою, на об’єкт власності якої здійснене посягання, чи ці засоби і предмети можуть бути застосовані і у її відсутність? В першому і другому варіанті фактично здійснюється мета захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, але правові наслідки такого захисту можуть бути прямо протилежними - або визнаються правомірними, або злочинними.

У зв’язку з відсутністю законодавчого регулювання, не виключаються проблеми із застосуванням норм про необхідну оборону щодо діянь, які формально передбачені КК, але через малозначність не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди інтересам фізичних чи юридичних осіб.

Доцільно було б ввести, на наш погляд, в ст. 36 КК України (або окремо) і норму, яка б передбачала відповідальність за провокацію необхідної оборони.

Слід визнати, що за своїм змістом ст. 36 КК носить загальний, уніфікований характер і вона не може належним чином забезпечити регламентацію усіх особливостей необхідної оборони у різних сферах суспільних правовідносин.

Враховуючи багатогранність проблем і значимість інституту, доцільно ввести у Кримінальний кодекс України окремий розділ (а не дві статті, як у діючому КК) про необхідну оборону, низкою норм якого б більш детально і конкретно регулювались особливості необхідної оборони при суспільно небезпечному посяганні на особу, при захисті власності, рухомого і нерухомого майна, земельних ділянок, меж захисту, завдання допустимої шкоди в залежності від об’єкта посягання тощо.

Реформа інституту необхідної оборони ставить нові правозастосовчі завдання. Вирішення їх у законодавчому порядку надало б громадянам більшої впевненості у захищеності їх від кримінального переслідування і реалізації права на необхідну оборону та сприяло б активізації боротьби зі злочинністю.

*Стаття рекомендована до друку кафедрою кримінального права та процесу
Хмельницького інституту регіонального управління та права
(протокол № 9 від 18 березня 2004 року)*

