

**НАУКОВО-МЕТОЛОЛОГІЧНИЙ СЕМІНАР «УЯВНА ОБОРОНА
ТА ПОМИЛКА: ІСТОРИЧНИЙ ЕКСКУРС ТА СУЧАСНІ
ПЕРСПЕКТИВИ» (3 ЛИСТОПАДА 2017 РОКУ)**

Доповідач:

Б. М. Орловський

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного та господарського права
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

Одним із найбільш суперечливих правомірних, суспільно корисних вчинків у системі обставин, що виключають злочинність діяння, які закріплені у розділі VIII КК України «Обставини, що виключають злочинність діяння», є уявна оборона. В науці кримінального права України до сьогоднішнього дня ведуться дискусії з приводу того, чи є такий правомірний вчинок обставиною, що виключає злочинність діяння, або ж він виступає певним видом помилки при необхідній обороні. Така проблематика підтверджується навіть історично, оскільки до 2001 року законодавець не вважав за потрібне виділяти уявну оборону в окрему норму, що виключала би злочинність діяння, хоча існування такого правомірного вчинку (стану оборони) підтверджувалось на рівні узагальнень судової практики, а саме в Постанові Пленуму Верховного Суду України 1991 р. та Постановах Пленуму Верховного Суду СРСР 1956, 1969, 1984 років. Також закріплення в українському кримінальному законодавстві уявної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння, та паралельне існування у кримінальному законодавстві зарубіжних країн норм про більш загальні фактичну і юридичну помилки показує, наскільки різняться між собою доктрини національного та зарубіжних законодавців, і наскільки нагальною є потреба у досконалому вивченні, а також, можливо, частковому вирішенні цього питання.

Історія становлення і розвитку

Визначення правомірного суспільно корисного вчинку, який би за своїми ознаками відповідав або був подібним до уявної оборони, не закріплювалося у кримінальному законодавстві, що діяло на українських землях, до середини XIX століття. Норми різних редакцій Руської Правди (Академічний список, Синодальній извод, Карамзінський список і т.д.), трьох Литовських статутів 1529, 1566, 1588 рр., Соборного уложення 1649 р., Воїнських артикулів Петра I 1715 р. не містили характеристики означеного правомірного вчинку або змістовних посилань на нього. Тому першим законодавчим актом, який забезпечив появу окремої обставини, що виключає злочинність діяння — «випадкової помилки або обману» (п. 4 ст. 92), стало Уложення про покарання кримінальні та виправні 1842 року.

У статті 99 Уложення 1842 року 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. Аналізуючи зазначені норми, ми можемо побачити, що в даному випадку законодавчо закріплювалася загальна фактична помилка, при якій особа могла бути звільнена від кримінальної відповідальності, якщо вона допустила випадковий обман або помилку у навколишній оточуючій обстановці чи не знала всіх обставин свого діяння, які робили його протизаконним.

У коментаріях щодо можливості застосування інституту «випадкової помилки або обману» у практичній діяльності тогочасні вчені-юристи зазначали наступне: «Оскільки як обман чи помилка, внаслідок яких було вчинено злочин, відносяться до законних причин неосудності, тому при заяві про них у судовому засіданні суд не може відмовити в постановці такого особливого питання. Помилка може мати місце і при необхідній обороні, а саме: в тому випадку, коли за обставинами, що передували застосуванню тим, хто обороняється, сили, він міг вважати себе таким, що знаходиться в положенні, при якому оборона визнається законом необхідною». В даному тлумаченні описувалися можливі практичні варіанти фактичної помилки (відносно переконання про неможливість вдатися до захисту найближчого начальства, сприйняття миролюбних дій потерпілого за напад) й вказувалося на неможливість виправдання у випадку вчинення особою юридичної помилки, пов'язаної із незнанням закону (наприклад, законної процедури зняття арешту із заарештованого майна).

За п. 4 ст. 98 Уложення 1845 року однією з причин, за якою скоєне не повинно бути поставлено в вину вказується «помилка випадкова або внаслідок обману». Безпосереднє правове регулювання «випадкової помилки або обману» здійснювалось у ст. 105 Підвідділу II «Про причини, за якими скоєне не повинно бути поставлено в вину» Відділу I «Про визначення покарань взагалі і обставини, при яких скоєне не ставиться в вину» Глави III «Про визначення покарань за злочинами» Розділу I «Про злочини, проступки і покарання взагалі» Уложення наступним чином: «хто вчинить що-небудь протиправне закону єдино по вчиненому, від випадкової помилки або внаслідок обману в тому, що відбулося, невідання тих обставин, від яких саме його діяння перетворилось в протизаконне, тому вчинене ним не ставиться в вину. Він може, однак, в деяких випадках, що визначені законом, бути присуджений до церковного покаяння». За цими нормами підтверджувалося існування фактичної помилки, яка виключала саму винність діяння і, відповідно, можливість притягнення до кримінальної відповідальності за його вчинення. Максимальним «умовним покаранням» в таких, спеціально передбачених законом, випадках для особи могло слугувати лише церковне покаяння.

На кінцевому етапі історичного розвитку Російської імперії в Кримінальному Уложенні 1903 року відбулася зміна законодавчої характеристики «випадкової помилки або обману» на «невідання обставини, якою обумовлюється злочинність діяння або яка посилює відповідальність», при якому вчинене не ставилося в вину (ст. 43).

Після розпаду Російської імперії і утворення СРСР норми про помилку (невідання) у обставині, що виключає злочинність діяння, перестали

існувати і в Основаних кримінального законодавства СРСР 1919, 1924, 1958 рр. та редакціях Кримінальних кодексів УРСР 1922, 1927, 1960 рр. не закріплювалися. Виникнення саме уявної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння, та її прив'язка до необхідної оборони історично склалися в Україні за рахунок відповідних узагальнень судової практики Пленуму Верховного Суду СРСР, а саме: «Про недоліки судової практики, пов'язані із застосуванням законодавства про необхідну оборону» від 23.10.1956 року, «Про практику застосування судами законодавства про необхідну оборону» від 04.12.1969 р. (п. 6) та «Про застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» від 16.08.1984 р. (п. 13), де 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...». Із дублюванням змісту останньої з цих постанов уявна (мнима) оборона перейшла до кримінального законодавства України на рівні Постанови Пленуму Верховного Суду України № 4 від 28.06.1991 р. «Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань», в п. 9 якої зазначалося, що «судам необхідно відрізнити необхідну оборону від мнимої (уявної) оборони, коли особа, помиляючись щодо реальності посягання і вважаючи, що вона захищає правоохоронювані інтереси, заподіює шкоду іншій особі».

Зарубіжне законодавство. Аналізуючи питання про закріплення аналогічних за змістом до уявної оборони норм у кримінальних кодексах зарубіжних країн із різних правових систем, автор прийшов до наступних висновків:

1) якщо розглянути питання щодо існування уявної оборони у зарубіжному кримінальному законодавстві, то можна зазначити, що у жодного із представників континентальної (романо-германської), англо-американської та гібридних типів правових систем (змішаного, релігійного, соціалістичного права) немає у кримінальних кодексах норм, які би прямо характеризували або безпосередньо відповідали уявній обороні. В абсолютній більшості розглянутих автором представників різних правових систем, зокрема в країнах Європейського Союзу (Французькій Республіці, Королівстві Іспанії, ФРН, Швейцарській Конфедерації) та країнах англо-американської правової системи (США, Великій Британії, Австралії), існують більш узагальнені кримінально-правові норми або положення про фактичну та юридичну помилку як обставину, що у загальному контексті виключає чи звільняє від кримінальної відповідальності або, за певних обставин, суттєво пом'якшує її. В структуру фактичної помилки, а саме декількох її різновидів, і входить уявна оборона;

2) у кримінальному законодавстві більшості зарубіжних країн з різних правових систем закріплюються одночасно і фактична і юридична помилки, які можуть мати назву у різних інтерпретаціях, наприклад:

– у країнах континентальної правової системи — «помилка у фактичних обставинах діяння та помилка у забороні» (КК ФРН), «помилкове

уявлення про обставини справи та помилка у забороні» (КК Швейцарської Конфедерації), «переборна і непереборна помилка» (КК Королівства Іспанії), «помилка відносно: обставини, що виключає неправомірну поведінку або вину; відносно обставин забороненого діяння; відносно протиправності діяння» (КК Республіки Польща) тощо;

– у країнах англо-американської та змішаної правової системи — «незнання або помилка в питанні факту або права» (Примірний Кримінальний кодекс США, КК штату Нью-Йорк, КК штату Техас, КК Австралії), юридична та фактична помилка (КК Республіки Корея, КК Держави Ізраїль) тощо;

3) фактична та (або) юридична помилка у кримінальних кодексах зарубіжних країн за своєю правовою природою характеризується по-різному:

– у країнах континентальної системи — наприклад, як підстава ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення (КК Французької Республіки), підстава для звільнення або пом'якшення покарання (КК Швейцарської Конфедерації), обставина, що виключає або пом'якшує кримінальну відповідальність (КК Королівства Іспанії), підстава виключення кримінальної відповідальності або її пом'якшення (КК Республіки Польща) тощо;

– у країнах англо-американської правової системи — наприклад, як підстава для захисту від звинувачення (Примірний Кримінальний кодекс США), підстава для звільнення від кримінальної відповідальності (КК Австралії, КК штату Нью-Йорк), підстава для захисту від кримінального переслідування (КК штату Техас) тощо;

4) якщо розглянути географію континентальної правової системи, а точніше групи країн, які до неї входять (романські, германські, східноєвропейські), то можна помітити, що помилка як обставина, що виключає злочинність діяння, у континентальній Європі не отримала розвитку саме в кримінальних кодексах країн східноєвропейської правової групи (Російська Федерація, Республіка Білорусь), до якої відноситься й Україна. Так, у КК Російської Федерації відсутні будь-які посилання на юридичну або фактичну помилку. Кримінальний кодекс України містить лише посилання на помилку при одній обставині, що виключає злочинність діяння, — необхідній обороні, яка характеризується в ст. 37 «Уявна оборона». В той же час у Кримінальному кодексі Республіки Білорусь існує ст. 37 «Помилка в наявності обставин, які виключають злочинність діяння», яка характеризує можливість існування помилки при будь-якій обставині, що виключає злочинність діяння. Тобто КК Республіки Білорусь, на відміну від КК України та КК РФ, серед представників східноєвропейської правової групи найбільш повно характеризує можливість існування помилки у діях особи, які оцінюються з кримінально-правової точки зору.

Українське законодавство. Відповідно до ч. 1 ст. 37 КК України 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.

На практиці стан уявної загрози може виникати в особи не лише при захисті від суспільно небезпечного посягання (необхідній обороні), а й при вчиненні інших правомірних суспільно корисних (соціально допустимих) вчинків, що виключають злочинність діяння, зокрема:

1) при крайній необхідності — вимушеному заподіянні шкоди правоохоронюваним інтересам з метою усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб. При даній обставині, що виключає злочинність діяння, особа може помилятися щодо існування небезпеки, якої насправді не було, або щодо її характеру, який насправді був незначним. Наприклад: водій маршрутного мікроавтобусу із пасажирами, рухаючись вночі по дорозі, побачив, що несподівано йому на зустрічну смугу із-за повороту виїхав якийсь засіб, який засліпив його ліхтарями. За розташуванням ліхтарів та силою їх освітлення він вирішив, що це була фура (високогабаритний вантажний автомобіль). З метою уникнути своєї загибелі та загибелі пасажирів він різко звернув на узбіччя, заїхав у кювет, в результаті чого декілька пасажирів отримали тяжкі тілесні ушкодження. Після аварії виявилось, що вказаним засобом була звичайна тачка із конем, на яку візник встановив два сильногабаритних ліхтарі, які справді нагадували освітлення фури. Пересуваючись по ґрунтовій дорозі між дерев, кінь різко звернув на основну асфальтову дорогу, але при умілому керуванні візник зміг би розминутися із маршрутним мікроавтобусом, якщо б водій мікроавтобусу продовжував їхати вперед. Отже, в результаті такого випадку, у водія маршрутного мікроавтобусу виникло помилкове уявлення про небезпеку (їдучу назустріч фуру) та її значний характер, якого насправді не було.

Можна навести й інший варіант помилки у небезпеці на прикладі діяльності двох робочих, один з яких здійснював фарбування даху шести-метрового у висоту приватного будинку із власним підвір'ям, стоячи на спеціально змайстрованій будівельній конструкції (драбині), а інший в цей час подавав йому фарбу із землі. В процесі роботи перший робочий, що стояв на драбині, з необережності зачепився за провід, по якому проходить електричний струм. Другий робочий, що стояв внизу на землі, рятуючи товариша, вибив з під-його ніг драбину, щоб той впав на землю з проводів. В результаті падіння перший робочий, що був на даху, отримав тілесні ушкодження. Однак потім виявилось, що власник будинку, в якому робочі проводили ремонт, завчасно вимкнув у себе на підвір'ї електрику для уникнення непередбачуваних випадків, не попередивши про це робочих. Отже, в результаті такого випадку, у другого робочого, що знаходився на землі, виникло помилкове уявлення про небезпеку (провід під електричним струмом) та її значний характер, якого насправді не було;

2) при затриманні особи, що вчинила злочин — діяч потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямованих на затримання особи, яка вчинила злочин, і доставляння її відповідним органам влади. При даній обставині, що виключає злочинність діяння, той, хто її застосовує, може помилятися в особі, яка насправді вчинила певний злочин, або у кваліфікації дій такої особи, сприймаючи їх як злочинні.

Наприклад, вітчм прийшов до дитячого садка забрати додому дитину, мати якої поїхала у одноденне відрядження та залишила на вітчма догляд за дитиною. Коли він виходив із дитячого садка, у нього виникло непорозуміння з дитиною і вона почала голосно кричати на нього: «Ти не мій батько. Не чіпай мене. Пусти». Крик дитини було чути на всю вулицю. Небайдужі перехожі, які проходили поруч, вирішили, що якийсь чоловік намагається здійснити викрадення чужої дитини. Вони затримали вітчма із застосуванням до нього фізичної сили, оскільки вітчм фізично опирався затриманню, і доставили його до найближчого райвідділу міліції.

Помилки особи можуть виникати і при: виконанні законного наказу або розпорядження (наприклад, при розумній помилці виконавця щодо підпорядкованості певній посадовій особі держави, до владних повноважень якої насправді не належить право віддавати накази певного змісту або відносно конкретного виконавця); фізичному або психічному примусі (наприклад, якщо особа помилялася щодо реальності застосованих до неї фізичних або психічних засобів) тощо.

В результаті цього автор приходять до висновку про необхідність визначення у чинному Кримінальному кодексі України загальної помилки у обставині, що виключає злочинність діяння. До цього нас підштовхує й існуючий історичний досвід закріплення більш широких за змістом норм про фактичну помилку на українських землях, і зарубіжний досвід існування нормативних положень про фактичну та юридичну помилку у кримінальних кодексах країн з різних правових систем. Щодо забезпечення нормативно-правового врегулювання такого питання, на думку автора, може існувати два різних за своїм новаторським наповненням варіанти:

1) закріплення в КК України всезагальної фактичної та, за необхідності, юридичної помилки, характеристика яких у теоретичному вигляді існує в науці кримінального права України. До одного з різновидів фактичної помилки й буде відноситись помилка в обставині, що виключає злочинність діяння. Положення про означені помилки містяться у кримінальному законодавстві багатьох зарубіжних країн з різних правових систем, в тому числі й континентальної;

2) закріплення в КК України лише помилки в обставині, що виключає злочинність діяння. Така помилка буде характеризувати різні варіанти помилкового припущення особи щодо правомірності її дій в рамках будь-якої обставини, що виключає злочинність діяння, яка закріплена у розділі VIII КК України. В кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн існують норми про означену помилку або ж такі норми виділяються окремо серед інших кримінально-правових норм про юридичну чи фактичну помилку. Наприклад, в КК Республіки Білорусь існує ст. 37 «Помилка в наявності обставин, які виключають злочинність діяння», а в КК Італійської Республіки — ст. 59 «Обставини, що невідомі або помилково передбачаються», в якій описана помилка в обставинах, які пом'якшують або виключають покарання (наприклад, при характеристиці жертви злочину, необхідній обороні тощо). У ст. 29 КК Республіки Польща окремо характеризується різновид помилки відносно обставини, що виключає неправо-

мірну поведінку або вину і така помилка виключає утворення злочину або забезпечує надзвичайне пом'якшення покарання.

Автор вважає, що на теперішній час в кримінальному законодавстві України найбільш прийнятним буде саме другий варіант, пов'язаний із закріпленням конкретної помилки в обставині, що виключає злочинність діяння. Перший варіант щодо визначення всезагальної фактичної та, за необхідності, юридичної помилки є достатньо складним з точки зору необхідності імплементації під нього багатьох положень національного кримінального законодавства та створення відповідної бази узагальнень національної судової практики. Так, з точки зору фактичної помилки у розвинутих країнах, де вона існує (наприклад, США), у практичній діяльності правоохоронці стикаються із випадками, коли, наприклад, особа, перевозячи наркотичні речовини чи психотропні засоби, їх аналоги або прекурсори, заявляла про те: що вона не знала їх реальний вміст або наявність; що вона не знала інформації (законодавства), за якою конкретний прекурсор відноситься до переліку заборонених; що вона помилялася щодо кількості наявних у неї засобів, яка впливає на кваліфікацію злочину залежно від використання таких засобів для власних потреб або з метою збуту. Така ж значна кількість «вдаваних» помилок у особи може виникнути і при скоєнні інших злочинів, наприклад, при контрабанді. В кримінальних кодексах деяких зарубіжних країн у статтях, що характеризують різні склади злочинів, існують конкретні посилання на неможливість застосування певного роду помилок при їх вчиненні. Наприклад, кримінальне законодавство США не визнає можливості вчинення особою помилок у віці дитини або у вазі наркотичних речовин, перевезення яких здійснювалось цією особою (ч.ч. 3, 4 § 15.20 КК штату Нью-Йорк). Тому, з урахуванням викладеного, автор вважає, що існуючі норми КК України та узагальнення судової практики в теперішній час не пристосовані до впровадження в українське кримінальне законодавство всезагальної фактичної та юридичної помилки як підстави (обставини) для звільнення особи від кримінальної відповідальності або її пом'якшення. Це може викликати значну кількість неузгодженостей та колізій як на теоретичному, так і на практичному рівні. В той же час характеристика у розділі VIII КК України загальної «помилки в обставині, що виключає злочинність діяння» із одночасною відміною норм про уявну оборону, на думку автора, навпаки буде сприяти консолідації та удосконаленню саме законодавчого врегулювання існуючих у теорії різних варіантів помилки особи у правомірних вчинках. Також такий процес може слугувати і подальшою «перехідною» основою для розвитку теорії про помилки у кримінальному законодавстві України.

Висновки. Отже, в автора виникає пропозиція щодо закріплення у розділі VIII КК України замість ст. 37 «Уявна оборона» нової статті — «Помилка в обставині, що виключає злочинність діяння». Таку статтю 37 КК України «Помилка в обставині, що виключає злочинність діяння», на думку автора доцільно викласти в наступній редакції:

«1. Якщо особа внаслідок помилки вважала, що знаходиться у стані відповідної обставини, яка виключає злочинність діяння, і в обстановці,

що склалася, мала достатні підстави вважати свої дії правомірними, то ця особа не підлягає кримінальній відповідальності за умови, що вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення.

2. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, але при цьому перевищила допустимі межі, які дозволяються кодексом для такої обставини, що виключає злочинність діяння, то особа підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення її меж.

3. Якщо в обстановці, що склалася, особа мала достатні підстави вважати свої дії правомірними і не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність стану відповідної обставини, що виключає злочинність діяння, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність».