

УДК 343.236

А. В. Горностай,

канд. юрид. наук, асистент кафедри
кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ЗАМАХ НА ЗЛОЧИН ПРИ ПЕРЕВИЩЕННІ МЕЖ НЕОБХІДНОЇ ОБОРОНИ ТА ЗАХОДІВ, НЕОБХІДНИХ ДЛЯ ЗАТРИМАННЯ ЗЛОЧИНЦЯ

Стаття присвячена аналізу наукових точок зору щодо кримінальної відповідальності за замах при ексцесі оборони та ексцесі затримання злочинця.

Ключові слова: *замах на злочин, необхідна оборона, заходи, необхідні для затримання злочинця, ексцес оборони, перевищення меж.*

Право на необхідну оборону є природнім і невідчужуваним, а також абсолютним правом людини. Останнє означає, що всі інші особи не мають права перешкоджати громадянину в законному здійсненні ним такого права. Затримання злочинця також є суб'єктивним правом потерпілого чи інших осіб. Закріплений у розділі VIII КК інститут обставин, що виключають злочинність діяння і, зокрема, необхідної оборони (ст. 36 КК) та затримання злочинця (ст. 38 КК), є важливою гарантією реалізації конституційного положення про те, що «кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань» (ч. 2 ст. 27 Конституції України).

Проте при практичному застосуванні норм про необхідну оборону та заходів, необхідних для затримання злочинця, зустрічаються питання, не врегульовані законодавством. Насамперед це питання про можливість існування замаху при перевищенні меж необхідної оборони та затриманні злочинця.

У науці кримінального права дискусійні питання необхідної оборони та заходів, необхідних для затримання злочинця, а, відтак, і перевищення їх меж, багаторазово досліджувалися, зокрема, такими вченими-криміналістами, як: П. П. Андрушко, Л. В. Багрій-Шахматов, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, М. П. Берестовий, В. І. Борисов, С. В. Бородін, В. В. Володарський, М. І. Га-

таулін, В. К. Гришук, В. П. Діденко, М. І. Загородников, А. Ф. Істомін, В. Ф. Кириченко, В. М. Козак, А. Ф. Коні, І. В. Красницький, Г. А. Кригер, Н. Ф. Кузнєцова, В. М. Куц, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, М. М. Паше-Озерський, А. А. Піонтковський, Н. М. Плисюк, К. І. Попов, О. Б. Сахаров, І. І. Слуцький, В. В. Сташис, І. С. Тишкевич, В. І. Ткаченко, М. І. Хавронюк, Р. М. Юсупов, М. Д. Шаргородський, Л. С. Шутяк та ін.

У роботах названих науковців інститут необхідної оборони, затримання злочинця та перевищення їх меж піддавався глибокому і всебічному дослідженню. Проте питання можливості замаху за таких умов як самостійний предмет наукового дослідження не розглядалося. Можливість існування замаху при перевищенні меж та заходів, а також питання відповідальності за такий замах були й залишаються дискусійними.

Зрозуміло, що і на практиці ці суперечності призводять до того, що в ідентичних ситуаціях суди приймають діаметрально протилежні рішення – від визнання діяння злочином та призначення покарання до визнання аналогічного діяння правомірним. Зрозуміло, що така ситуація неприпустима.

Кримінальний кодекс України закріплює, що перевищенням меж необхідної оборони або заходів, необхідних для затримання злочинця, визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, та особі, що вчинила злочин, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту та обстановці затримання злочинця. Перевищення меж необхідної оборони або заходів, необхідних для затримання злочинця, тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу (ч. 3 ст. 36; ч. 2 ст. 38 КК).

Що ж стосується можливості замаху в цих злочинах, то тут немає одностайності. Одні науковці вважають, що замах на злочини, передбачені статтями 118 та 124 КК України, неможливий. Інші вчені займають протилежну позицію, визнаючи допустимим замах, виходячи із загального правила про можливість замаху на злочин при прямому умислі.

А. А. Піонтковський, Ю. В. Баулін, В. Ф. Кириченко, М. І. Загородников, С. В. Бородин, Н. Ф. Кузнєцова, К. І. Попов та ін. вважають, що замах на вчинення вбивства чи на заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю цілком можливий при перевищенні меж необхідної оборони або заходів, необхідних для затримання злочинця.

Так, Н. Ф. Кузнєцова зазначала, що вбивство та тілесні ушкодження, які є результатом перевищення меж необхідної оборони, являють собою умисні злочини. Тому, як і в будь-якому злочині, що вчиняється з прямим умислом, замах на них є можливим¹.

Ю. В. Баулін підтримує та активно вдосконалює цю наукову позицію. Так, він підкреслює, що якщо особа, яка захищається, перевищуючи межі необхідної оборони, вчинила дії, безпосередньо спрямовані на умисне вбивство того, хто посягає, чи на умисне спричинення йому тяжких тілесних ушкоджень, але при цьому злочин не довела до кінця з причин, що не залежали від її волі, такі дії підлягають кваліфікації відповідно за ч. 2 чи ч. 3 ст. 15 та ст. 118 чи ст. 124 КК як замах на злочин². Щодо можливості замаху при перевищенні заходів, необхідних для затримання злочинця, Ю. В. Баулін займає аналогічну позицію³.

Російський науковець К. І. Попов також підкреслює, що умисні дії, безпосередньо спрямовані на заподіяння шкоди нападнику, яка явно не відповідає характеру і ступеню суспільної небезпечності посягання, що не досягли такого результату з причин, що не залежали від волі особи, яка обороняється, необхідно кваліфікувати як замах на злочин при перевищенні меж необхідної оборони⁴.

¹ Кузнєцова Н. Ф. Избранные труды / Н. Ф. Кузнєцова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 361.

² Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар. Загальна частина / Баулін Ю. В., Борисов В. І., Тютюгін В. І. та ін. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – С. 144.

³ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар. Загальна частина. – С. 144.

⁴ Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посіб. / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 173–175.

Протилежну наукову позицію займають М. Л. Коржанський, Н. Д. Дурманов, І. С. Тишкевич, Т. Г. Шавгулідзе, В. І. Ткаченко, В. О. Навроцький, І. В. Красницький, Л. С. Щутяк, М. І. Якубович, Н. М. Плисюк та ін. Вони вважають, що замах на злочин, вчинений при ексцесі оборони чи перевищенні заходів, необхідних для затримання злочинця, не може мати місце. Аналізуючи наукові позиції учених, які заперечують можливість такого замаху, видається можливим виокремити кілька аргументів, що, на їх думку унеможливають замах при перевищенні меж необхідної оборони та заходів, необхідних для затримання злочинця.

До першої групи можна віднести науковців, які вважають неможливим вчинення злочинів, передбачених статтями 118 та 124 КК України, з прямим умислом. А, відтак, і замах на ці злочини також вважають неможливим. Такої наукової позиції дотримується, зокрема, В. О. Навроцький.

Однак у ч. 3 ст. 36 та ч. 2 ст. 38 КК України законодавець указує на умисну форму вини зазначених діянь. Отже, не виключається можливість вчинення цих діянь із прямим умислом. У науці кримінального права багато вчених визнають можливість вчинення перевищення меж необхідної оборони та заходів, необхідних для затримання злочинця, з прямим умислом.

Так, К. І. Попов, досліджуючи судову практику, зазначає, що дійсно, злочини при перевищенні меж необхідної оборони найчастіше вчиняються з непрямым умислом (у 75 % від загального числа вивчених кримінальних справ). Однак зазначені злочини можуть бути вчинені і з прямим умислом. Так, автор підкреслює, що прямий умисел, скоріше за все, характерний для ситуацій, в яких потерпілий своїми агресивними діями поступово, найчастіше тривало, створює негативну, нестерпну обстановку в певному замкнутому просторі (кімната, квартира, будинок і т. д.), і винний, попереджаючи дії потерпілого, при черговому знуцанні, погрозах, нанесенні побоїв, заподіянні

шкоди здоров'ю прагне убезпечити себе, третіх осіб і бажає позбавити життя чи заподіяти тяжку шкоду здоров'ю нападника⁵.

Таким чином, К. І. Попов зазначає, що у судовій практиці справи про замах на злочини при перевищенні меж необхідної оборони зустрічаються вкрай рідко, однак подібні кримінальні справи розглядалися вищими судовими інстанціями⁶. Так, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України у 2006 р. розглядала справу, за якої дійшла висновку, що замах на вбивство було вчинено на ґрунті неприязних відносин, а не в стані необхідної оборони⁷.

В. Ф. Кириченко, підтверджуючи свій висновок про можливість замаху на вчинення злочину при ексцесі оборони, наводив такі приклади: 1) особа, що захищається, вчиняє постріл із револьверу з наміром вбити нападника, причому робить це з перевищенням меж необхідної оборони, проте куля не влучає у ціль; 2) нападник, який захищається від умисного перевищення меж необхідної оборони; 3) треті особи вибивають зброю з рук особи, на яку було вчинено злочинне посягання і яка захищалася⁸.

До другої групи можна віднести науковців, які підкреслюють, що незалежно від того, чи мало місце перевищення меж необхідної оборони або ні, замах на вбивство не є караним діянням. Тобто особа, яка обороняється, може бути притягнута до кримінальної відповідальності тільки при реальному заподіянні тяжкої шкоди нападнику при перевищенні меж необхідної оборони. При замаху ніякої шкоди взагалі не заподіюється. Отже, така постановка питання має взагалі виключатися. Зокрема, таку думку свого часу висловив М. І. Якубович⁹.

⁵ Попов К. И. Актуальные вопросы ответственности за превышение пределов необходимой обороны / К. И. Попов // «Черные дыры» в Российском законодательстве. – 2002. – № 2. – С. 35–69.

⁶ Там само.

⁷ Кримінальне судочинство в Україні: Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства) : Офіц. вид. / Верхов. Суд України ; відп. ред. П. П. Пилипчук. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 553.

⁸ Кириченко В. Ф. Основные вопросы учения о необходимой обороне в советском уголовном праве / В. Ф. Кириченко. – М., 1948. – С. 79; Кузнецова Н. Ф. Избранные труды. – С. 361.

⁹ Якубович М. И. Учение о необходимой обороне в советском уголовном праве / М. И. Якубович. – М. : Высш. шк., 1967. – 100 с.

Ще раніше про це також писав М. М. Паше-Озерський. Він зазначав, що випадки, коли захист від суспільно небезпечного посягання не заподіює ніякої шкоди охоронюваним правом інтересам особи, що посягає, не є необхідною обороною в кримінально-правовому сенсі. Учений вважав, що у таких випадках не виникає стану необхідної оборони, а, отже, не може бути й перевищення її меж¹⁰.

Є. І. Бахтеева, Е. Ф. Побігайло, В. П. Ревін так само зазначали, що відповідальність за замах при ексцесі оборони виключається через те, що дії особи, яка обороняється, в цьому випадку не становлять суспільної небезпечності і можуть бути поставлені їй у провину тільки в межах реально заподіяної шкоди¹¹.

До третьої групи можна віднести науковців, які вважають що перевищенням меж необхідної оборони та заходів, що необхідні для затримання злочинця, законодавець визнає виключно закінчені злочини (умисне вбивство та умисне спричинення тяжких тілесних ушкоджень нападнику). Так, у своїй монографії «Відповідальність за замах на злочин за кримінальним правом України» на це зазначають І. В. Красницький та Л. С. Щутяк. Вони підкреслюють, що поняття «перевищення» наводиться у ч. 3 ст. 36 та ч. 2 ст. 38 КК України як «умисне заподіяння тяжкої шкоди». Виходячи із цього, очевидно, що дії, спрямовані на заподіяння такої «тяжкої шкоди», якщо вона фактично не настала, перевищення не утворюють і вважаються правомірними (допустимими)¹².

Неможливість замаху на злочин, відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 118 КК України, через колізію між положеннями про замах

¹⁰ Паше-Озерский Н. Н. Необходимая оборона и крайняя необходимость по уголовному праву / Н. Н. Паше-Озерский. – М. : Госюриздат, 1962. – С. 6–10.

¹¹ Попов К. И. Актуальные вопросы ответственности за превышение пределов необходимой обороны. – С. 35–69.

¹² Красницький І. В. Відповідальність за замах на злочин за кримінальним правом України : монографія / І. В. Красницький, Л. С. Щутяк. – Львів : ЛьвДУВС, 2015. – С. 144–146.

на такий злочин та положеннями ч. 3 ст. 36 та ч. 2 ст. 38 КК України, які, по суті, не визнають таку поведінку протиправною, визнає і Н. М. Плисюк¹³.

І. В. Красницький та Л. С. Щутяк також зазначають, що склади «перевищення» є лише у разі фактичного заподіяння шкоди у виді смерті чи тяжкого тілесного ушкодження. У випадку вчинення особою в стані необхідної оборони чи затримання особи, що вчинила злочин, дій, спрямованих на заподіяння іншій особі смерті чи тяжкого тілесного ушкодження з прямим умислом, якщо вказані наслідки не настали з незалежних від волі винного обставин, матиме місце колізія між положеннями КК України про замах на злочин та положенням Загальної частини. Для авторів очевидно, що така колізія має вирішуватися на користь особи, яка вчинила такі діяння: вони повинні визнаватися правомірними. Таким чином, на думку зазначених авторів, замах на вчинення таких злочинів справді є неможливим, виходячи з викладених вище особливостей регламентації відповідальності за «перевищення» у чинному КК України¹⁴.

Проаналізувавши наведені точки зору та аргументи щодо можливості та неможливості замаху при ексцесі оборони та затриманні злочинця, видається можливим зробити такі висновки.

По-перше, суб'єктивна сторона злочинів, що можуть утворювати фактичне перевищення меж необхідної оборони та заходів, необхідних для затримання злочинця, цілком припускає наявність не лише непрямого, а й прямого умислу, а, отже, і можливість замаху на ці злочини. При вчиненні замаху на злочин винна особа повністю усвідомлює суспільну небезпечність свого діяння, передбачає настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (в злочинах із матеріальним складом) і бажає настання суспільно небезпечних наслідків чи вчи-

¹³ Плисюк Н. М. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця за кримінальним правом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н. М. Плисюк ; Львів. держ. ун-т внутр. справ. – Л., 2011. – С. 8.

¹⁴ Красницький І. В. Відповідальність за замах на злочин за кримінальним правом України : монографія. – С. 144–146.

нення суспільно небезпечних діянь. При цьому не має значення, що насправді такі дії могли взагалі ніколи не призвести до настання бажаного наслідку.

Таким чином, стосовно злочинів, учинених при ексцесі оборони та ексцесі затримання злочинця, особа, яка захищається: а) усвідомлює, що її дії є суспільно небезпечними, явно не відповідають характеру і ступеню суспільної небезпечності посягання чи обстановці захисту і безпосередньо спрямовані на заподіяння непотрібної шкоди нападнику; б) передбачає можливість чи неминучість спричинення наслідків у виді смерті або тяжкої шкоди здоров'ю нападникові (інтелектуальний елемент умислу); в) бажає настання зазначених наслідків (вольовий елемент), проте злочинні наслідки не настають, злочин не доведено до кінця з причин, що не залежать від волі особи, що обороняється (наприклад, активний опір нападника, втручання інших осіб, своєчасне надання потерпілому медичної допомоги та ін.)¹⁵.

По-друге, замах на злочин (а особливо закінчений замах) за своєю природою у багатьох випадках супроводжується настанням наслідків, що хоча і не входять до об'єктивної сторони конкретного злочину, проте можуть бути тяжкими. Тому твердження, що замах при ексцесі оборони та ексцесі затримання злочинця не спричиняє наслідків, не завжди відповідає дійсності. Крім того, як справедливо підкреслює К. І Попов, у випадку, якщо особа, що обороняється, перевищує межі дозволеного захисту, нападник отримує право на захист. Правове становище нападника, таким чином, має подвійний характер. З одного боку, його інтереси в певних випадках виходять з-під захисту кримінального закону, причому підставою для цього служить учинене ним суспільно небезпечне посягання; з другого боку, життя і здоров'я нападника стають об'єктом кримінально-правової охорони, якщо особа, що обороняється, виходить за межі дозволеного захисту, у зв'язку з чим її оборонні дії набу-

¹⁵ Попов К. И. Актуальные вопросы ответственности за превышение пределов необходимой обороны. – С. 35–69.

вають характеру протиправного суспільно небезпечного діяння¹⁶. А, отже, у таких випадках у особи, що обороняється, виникає обов'язок відповідати за свої дії, навіть у тому випадку, коли вона не досягла бажаного результату (смерті нападника чи заподіяння йому тяжких тілесних ушкоджень).

Із цього приводу видається необхідним зазначити, що у науці кримінального права та на практиці викликає дискусію ситуація, коли особа, що обороняється або затримує злочинця, усвідомлюючи, що вона явно перевищує необхідні та достатні межі, заподіює тяжкі тілесні ушкодження, маючи при цьому намір позбавити життя нападника. Деякі науковці пропонують кваліфікувати все вчинене за ст. 124 КК України. Однак така позиція, видається, не відповідає провідним принципам кримінального права. Насамперед винна особа, вчиняючи злочин із прямим визначеним умислом, повинна відповідати за спрямованістю такого умислу незалежно від того, чи досягла вона злочинного результату або ні, а не за фактично заподіяну шкоду, тим більше, що така шкода при замаху може бути взагалі відсутня. На практиці нез'ясування суб'єктивної сторони вчиненого при кваліфікації діяння як замаху на злочин чи як закінченого злочину призводить до помилок і є підставою для скасування вироку та повернення справи на додаткове розслідування. Питання про умисел необхідно вирішувати, виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, зокрема, враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причин припинення злочинних дій, поведінку винного і потерпілого, що передувала події, їх стосунки тощо. Визначальним при цьому є суб'єктивне ставлення винного до наслідків своїх дій.

Таким чином, у разі спричинення тяжких тілесних ушкоджень при ексцесі оборони чи ексцесі затримання злочинця особою, що захищається, при наявності у неї прямого конкретизованого умислу на вбивство нападника її

¹⁶ Попов К. И. Актуальные вопросы ответственности за превышение пределов необходимой обороны. – С. 35–69.

дії повинні бути кваліфіковані не за ст. 124 КК, а за ч. 2 чи ч. 3 ст. 15 та ст. 118 КК України.

Складнішою є ситуація, коли особа, яка захищається, при перевищенні меж необхідної оборони чи заходів, необхідних для затримання злочинця, має альтернативний умисел. Тобто вона однаково бажає спричинити нападнику або смерть, або тяжкі тілесні ушкодження, але при цьому при перевищенні меж необхідної оборони чи заходів, необхідних для затримання злочинця, особа заподіює менш тяжкий наслідок із двох бажаних ним. Так, якщо винний бажає вбити конкретну людину або заподіяти їй тяжкі тілесні ушкодження, а фактично спричиняє легкі тілесні ушкодження, виникає запитання: як мають бути кваліфіковані його дії? Виходячи з принципів справедливості та індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання, видається правильною кваліфікація таких діянь як замах на умисне вбивство при ексцесі оборони чи затриманні злочинця, оскільки альтернативним умислом так само охоплювалося бажання позбавити людину життя. Недосягнення жодного бажаного наслідку не виключає відповідальності за замах на заподіяння найтяжчого із запланованих наслідків. Таким шляхом йде і практика.

По-третє, вказівка окремих науковців на те, що законодавець у ч. 3 ст. 36 та ч. 2 ст. 38 КК України не визнав замах на злочини, передбачені статтями 118 та 124 КК України як перевищення меж необхідної оборони та заходів, необхідних для затримання злочинця, видається недостатньо обґрунтованою. Дійсно, було б досить дивно, якщо будь-яка норма, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин, містила б у собі також і уточнення, що кримінальна відповідальність повинна наставати і за замах на таке суспільно небезпечне діяння. Для цього й існує ст. 15 КК України. Як приклад можна навести ч. 2 ст. 22 КК України. Видається, не буде заперечень проти того, що законодавець, перераховуючи склади закінчених злочинів, кримінальна відповідальність за які можлива з 14 років, мав на увазі й можливість кримінальної відповідальності з 14 років і за замах на ці злочини. Тому не-

зрозуміло, чому необхідно вважати, що законодавець, зазначивши у статтях 36 та 38 КК України наявність складів закінчених злочинів при ексцесі (вбивство та заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони та заходів, необхідних для затримання злочинця), мав якусь завуальовану мету в жодному разі не враховувати можливість замаху на ці злочини як перевищення допустимих меж та заходів.

Крім того, ще М. С. Таганцев підкреслював, що хоча й існують злочинні діяння, замах на які юридично неможливий завдяки опису, що дає їм законодавець, проте це не стосується випадків невдалої редакції тієї чи іншої статті, що може бути виправлена шляхом логічного або історичного тлумачення¹⁷.

Таким чином, підводячи підсумки, можна підкреслити, що замах при перевищенні меж необхідної оборони та заходів, необхідних для затримання злочинця, є цілком можливим. Тому він має знайти відповідну кваліфікацію за ч. 2 чи ч. 3 ст. 15 та ст. 118 або ст. 124 КК України.

Горноста́й А. В. Покушение на преступление при превышении пределов необходимой обороны и мер, необходимых для задержания преступника

Статья посвящена анализу научных точек зрения о возможности уголовной ответственности за покушение при эксцессе обороны и эксцессе задержания преступника.

Ключевые слова: покушение на преступление, необходимая оборона, меры, необходимые для задержания преступника, эксцесс обороны, превышение пределов.

Gornostai A. V. The possibility of attempt in excess of necessary defense and the measures necessary to apprehend a criminal

The article analyzes the scientific point of view of the possibility of criminal liability for an attempt at excess defense and excess apprehend a offender.

Key words: attack on offense, necessary defense, the measures necessary to apprehend a offender, excess defense, exceeding the limits.

¹⁷ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая / Н. С. Таганцев. – Тула : Автограф, 2001. – Т. 1. – С. 549.