ТЕМА 13. ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ КРИМІНАЛЬНУ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ

План

1. Поняття і види обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння.
2. Необхідна оборона: умови правомірності та відповідальність за перевищення меж. Уявна оборона.
3. Затримання особи, що вчинила КП: умови правомірності та відповідальність за перевищення меж.
4. Крайня необхідність: умови правомірності та відповідальність за перевищення меж.
5. Фізичний та психічний примус.
6. Виконання наказу або розпорядження. Відповідальність за виконання кримінально протиправного наказу.
7. Діяння, пов'язане з ризиком. Умови виправданого ризику.
8. Виконання спеціального завдання із запобігання або розкриття кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації. Умови правомірності заподіяння шкоди особою, яка виконує таке завдання, та відповідальність за їх перевищення.
9. Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України.

1. Чинний КК України не містить поняття обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння. Але, виходячи із аналізу Розділу VIII Загальної частини КК України, можна зробити такий висновок: *обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння* – це зовнішньо подібні із КП, суспільно-корисні, правомірні діяння (дії або бездіяльність), які передбачені КК України та виключають настання кримінальної відповідальності за спричинену шкоду.

Таким чином, *ознаками* цих обставин є:

а) вони передбачені кримінальним законодавством;

б) зовнішня подібність таких діянь із КП (співпадіння з об'єктивними ознаками КП) (наприклад, позбавлення життя за необхідної оборони і під час вбивства тощо);

в) вони вчинюються шляхом дії або бездіяльності;

г) вони є суспільно-корисними (на відміну від КП, які є суспільно-небезпечними);

д) вони є правомірними (тобто кримінальний закон не вважає такі діяння кримінально протиправними);

є) вони виключають кримінальну відповідальність за спричинену шкоду.

Закон передбачає такі види обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння:

1) необхідна оборона (ст. 36 КК України);
2) уявна оборона (ст. 37 КК України);
3) затримання особи, що вчинила КП (ст. 38 КК України);
4) крайня необхідність (ст. 39 КК України);
5) фізичний або психічний примус (ст. 40 КК України);
6) виконання наказу або розпорядження (ст. 41 КК України);
7) діяння, пов'язане з ризиком (ст. 42 КК України);
8) виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 43 КК України);
9) виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43-1 КК України).

За критерієм їхньої правової природи обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння можна поділити на такі види. Це обставини, що полягають у:

1) здійсненні права (необхідна оборона, крайня необхідність, затримання особи, яка вчинила КП). Від самого суб'єкта – носія того чи іншого права – залежить, чи реалізує він належне йому право; бездіяльність особи не вважаться протиправною (у т.ч. кримінально протиправною) поведінкою;

2) виконанні юридичного обов'язку (це, наприклад, виконання наказу і здійснення професійних обов'язків). Його суб'єкт не вправі відмовитись від виконання обов'язку, а якщо це станеться, така відмова (бездіяльність) визнаватиметься правопорушенням (у т.ч. за наявності підстав – кримінальним). Так, лікар не має права відмовлятись від здійснення хірургічного втручання, якщо для цього є необхідні передумови, пожежник – від гасіння пожежі, хоч це може і пошкодити чуже майно, а працівник поліції – від застосування зброї, якщо для цього існують визначені законом підстави;

3) здійсненні владного (службового) повноваження. Це означає поєднання певних прав та обов'язків і стосується, скажімо, передбаченого ст. 43 КК України спеціального завдання з запобігання чи розкриття кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації, а також застосування вогнепальної зброї, спеціальних засобів чи фізичної сили.

Отже, *обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння* – це передбачені кримінальним законодавством умови, за наявності яких діяння, котрі за своїми зовнішніми ознаками схожі з КП, є правомірними, корисними (соціально прийнятими) вчинками, вчинені за наявності певних підстав і виключають суспільну небезпечність і протиправність діяння, тобто тим самим виключають кримінальну відповідальність особи за заподіяну шкоду об'єктам кримінально-правової охорони.

2. *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 й достатньої у даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони (ч. 1 ст. 36 КК України).

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 України).

Отже, право на необхідну оборону виникає тільки при суспільно небезпечному посяганні на охоронювані законом права та інтереси особи, що захищається, іншої особи, суспільні інтереси або інтереси держави. Реалізується це право шляхом завдання шкоди тому, хто посягає.

Оскільки відповідно до ст. 11 КК України КП 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 КП, але через малозначність не становить суспільної небезпеки.

Право на необхідну оборону виникає лише за певних умов:

– умови правомірності, що відносяться до посягання;

– умови правомірності, що відносяться до захисту.

Умови правомірності необхідної оборони, що відносяться до посягання.

1. Посягання повинно бути суспільно небезпечним.

Оборона може здійснюватися тільки від суспільно небезпечного діяння, тобто такого діяння, ознаки якого передбачені КК України. Таке посягання походить від людини, яка намагається (пробує) заподіяти шкоду правоохоронюваним інтересам. При цьому треба мати на увазі, що хоча ст. 36 КК України прямо і не називає таке посягання КП, хоч це і так розуміється. Під суспільно небезпечним посяганням належить розуміти і таке посягання, яке походить від особи,

1) що в силу недосягнення нею віку кримінальної відповідальності

2) або неосудності не можуть вчинити КП,

3) або особа, що діє невинно.

За правилами необхідної оборони потрібно розглядати і вбивство тварини в тих випадках, коли вона використовується як знаряддя посягання її власником або іншою особою. Вбивство тварини, яка зірвалась з ланцюга і нападає на людей, або такої, що нападає у лісі тощо, необхідно розглядати за правилами крайньої необхідності.

Таким чином, захист у рамках необхідної оборони можливий лише від суспільно небезпечного посягання. Такий захист від правомірного вчинку (наприклад, затримання особи працівниками поліції на законних підставах) чи діяння, яке не є суспільно небезпечним (наприклад, від дрібного хуліганства, або від застосування необхідної оборони) не допускається.

Існує *розповсюджене помилкове міркування,* що під суспільно небезпечним посяганням слід розуміти тільки напад, тобто насильницьке посягання.

Насправді закон не вказує на характер суспільно небезпечного посягання, від якого можлива необхідна оборона. Отже така оборона може здійснюватися не лише від насильницьких (нападу), а й від інших суспільно небезпечних посягань (наприклад, від незаконного заволодіння транспортним засобом шляхом крадіжки).

2. *Посягання повинно бути наявним.*

Суспільно небезпечне посягання, як і всяка діяльність людини, має *початковий і кінцевий моменти*, тобто його прояв виражається у тривалості в часі, протягом якого тільки і можлива необхідна оборона. Воно починається з безпосередньої реальної загрози його виконання і закінчується у той момент, коли перервано актом захисту або припинено самим посягаючим. Основою встановлення наявності стану необхідної оборони мають бути, насамперед, суб'єктивні критерії. Це означає, що в момент нападу особа, яка захищалась, не тільки передбачала неминучість заподіяння їй шкоди, але усвідомлювала необхідність вжиття захисних дій аж до вимушеного заподіяння шкоди тому, хто посягає.

Суб'єктивне уявлення особи про початок загрози має ґрунтуватися на врахуванні фактичних обставин конкретного випадку. При оцінці небезпечного стану особи, яка оборонялась, треба враховувати, що загроза могла перейти в напад негайно і в даному місці. Посягання не перестає бути наявним, якщо воно лише зупинене і в кожний момент може розпочатися знову. Посягання вважається закінченим, коли воно перервано захистом або припинено самим посягаючим. З припиненням небезпечного посягання відпадає і право на необхідну оборону. Завдання шкоди посягаючому після закінчення посягання тягне за собою кримінальну відповідальність.

3. *Посягання повинно бути реальним, а не мнимим (уявним).*

Це означає, що посягання повинно існувати (відбуватися) в реальній дійсності, а не у свідомості особи, яка помилково вважає (в силу невірної оцінки дії потерпілим обставин оточуючого середовища), що має місце посягання. Відповідальність за шкоду, завдану особі, яка помилково прийнята за нападаючого, вирішується за правилами уявної (мнимої) оборони.

Умови правомірності необхідної оборони щодо захисту.

Другим моментом підстави необхідної оборони є *необхідність в негайному* відверненні чи припиненні суспільно небезпечного посягання.

Така потреба виникає тоді, коли зволікання з боку особи, яка захищається в заподіянні шкоди посягаючому, загрожує негайною і явною шкодою правоохоронюваним інтересам. Тобто закон має на увазі, надаючи громадянам право на необхідну оборону, лише такі випадки захисту, коли громадянин *змушений невідкладно* заподіяти шкоду посягаючому з тим, щоб відвернути чи припинити посягання та ефективно здійснити захист.

Необхідна оборона можлива тільки шляхом активної поведінки, що виражається в діях. *Мета цих дій* – захист законних прав та інтересів самої особи, що захищається, іншої особи, суспільних інтересів або інтересів держави. В той же час, коли особа, яка захищається, керувалась іншою метою, то її діяння набувають кримінально протиправного характеру і вона несе відповідальність на загальних підставах (наприклад, спровокувавши посягання з метою помсти, розправи під виглядом необхідної оборони).

Право на необхідну оборону виникає з моменту початку посягання і припиняється з його закінченням. Тому заподіяння шкоди до чи після посягання не є правомірним, і відповідальність за неї настає на загальних підставах.

Однак 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.

Шкода повинна бути необхідною та достатньою у конкретній обстановці для негайного відвернення посягання чи його припинення, тобто повинна відповідати небезпечності посягання та обстановці захисту.

Повинно бути з'ясовано, чи мала особа, яка захищалася, реальну можливість ефективно відбити суспільно небезпечне посягання іншими засобами із заподіянням нападникові шкоди, необхідної і достатньої в конкретній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання.

Щоб установити наявність або відсутність ознак перевищення меж необхідної оборони, потрібно 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 зазначати, в чому саме воно полягає.

Потрібно мати на увазі, що представники влади, працівники правоохоронних органів, 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.

Якщо шкода не відповідає таким умовам, то це є перевищенням меж необхідної оборони. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у ст.ст. 118 та 124 КК України.

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 України.

Але, 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 України). Тобто такий емоційний стан, внаслідок переляку, хвилювання, збудження тощо, викликаного раптовістю посягання чи навпаки його надмірна демонстративність, місцем посягання тощо не дають можливості тому хто захищається чітко і точно співвіднести свої дії з небезпечністю посягання, що йому загрожує. У таких випадках при оцінці правомірності заподіяної шкоди нападникові належить виходити із суб'єктивного сприйняття посягання особи, яка захищається, його небезпечності або обстановки захисту.

Не є перевищенням меж необхідної оборони застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає, для захисту від:

– нападу озброєної особи;

– нападу групи осіб;

– протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення (ч. 5 ст. 36 КК України).

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

Уявна оборона – це 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 (ч. 1 ст. 37 КК України).

Прикладом ситуації, коли особа перебуває в стані уявної оборони, може бути заподіяння тяжкого тілесного ушкодження чи навіть смерті нападникові у масці, який, як це з'ясувалось згодом, є другом особи, яка захищалась, і хотів лише «розіграти» свого товариша у день народження. Про уявну оборону слід вести мову і тоді, коли особа, сприйнявши запальничку у вигляді пістолету в руках іншої особи як справжню вогнепальну зброю, застосовує фізичне насильство стосовно володільця такої неоднозначної іграшки.

Така оборона є результатом фактичної помилки особи, яка захищається, стосовно наявності суспільно небезпечного посягання. Кримінально-правова оцінка заподіяння шкоди у стані уявної оборони залежить від психічного ставлення особи до своїх дій, від того, як ця особа оцінює поведінку інших осіб та оточуючу обстановку. У кожній ситуації необхідно визначати, чи була допущена фактична *помилка вибачальною*.

Питання про кримінальну відповідальність при уявній обороні вирішується таким чином:

– якщо, обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати свою помилку, то така особа звільняється від кримінальної відповідальності (ч. 2 ст. 37 КК України);

– якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати свою помилку, але при цьому перевищила межі захисту, які дозволяються в умовах відповідного реального посягання, то вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони (ч. 3 ст. 37 КК України);

– 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 (*є невибачальною помилкою*) (ч. 4 ст. 37 КК України). Сутність невибачальної помилки полягає у тому, що об'єктивні і суб'єктивні обставини в даний момент не давали достатніх підстав для того, щоб помилятися щодо наявності суспільно небезпечного посягання. Але, незважаючи на це, особа все ж таки припустилася такої помилки і заподіяла тому, хто посягав, шкоду не маючи умислу на це і тому вона підлягає відповідальності лише за необережне заподіяння шкоди, а саме: за заподіяння смерті (ст. 119 КК України); за заподіяння тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень (ст. 128 КК України).

3. Згідно з ч. 1 ст. 38 КК України, не визнаються кримінально протиправними дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямованої на затримання особи, яка вчинила КП, і доставлення її відповідним органам влади, якщо при цьому не було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи.

Отже, підставою затримання особи є вчинення нею КП. Тобто затримання особи, яка вчинила або вчинює будь-яке правопорушення, крім кримінального, не буде правомірним. Таке затримання можливе або в момент вчинення КП, або одразу після нього.

Таким чином, початковим моментом виникнення права на затримання є початок кримінально протиправного посягання, коли об'єкт посягання піддався безпосередній загрозі негайного заподіяння шкоди.

Право на затримання зберігається і під час посягання, що продовжується, а також безпосередньо, тобто відразу ж після завершення КП.

Закон не визначає свого відношення до випадків затримання уявного злочинця (особи, яка помилково прийнята за злочинця) із заподіянням йому шкоди. Вважається, що в таких ситуаціях відповідальність за необґрунтоване заподіяння шкоди повинно вирішуватися за правилами про уявну оборону.

Метою затримання особи є доставляння її до органів державної влади.

Дії по затриманню злочинця повинні відповідати тяжкості вчиненого ним КП. Якщо ж особі, яка затримується спричиняється тяжка шкода, яка не відповідає небезпечності вчиненого нею посягання або обстановці затримання, то це є перевищенням заходів, необхідних для затримання злочинця. Таке перевищення заходів тягне кримінальну відповідальність у випадках, передбачених ст.ст. 118 та 124 КК України (ч. 2 ст. 38 КК України).

Обстановка затримання визначається обставинами конкретного випадку. Тут враховуються і вік і стан здоров'я як особи, що вчинила КП, так і того хто затримує його та інші причини, що і визначають необхідність і правомірність заподіяння шкоди (наприклад, очевидно, що особа, яка здійснює затримання не має можливості, в силу вище перерахованих обставин, наздогнати особу, що вчинила КП, яка втікає від нього, ранить останнього в ногу. Такі дії будуть відповідати даній обстановці).

Шкода, яка заподіюється особі, що КП повинна бути співрозмірна обставинам конкретного затримання. Згідно закону, заподіяння майнової шкоди, нанесення ударів, легких і середньої тяжкості тілесних ушкоджень завжди визнається правомірним при наявності усіх інших умов. Такі наслідки при затриманні ніколи не утворюють перевищення його меж.

4. Не є КП 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, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності (ч. 1 ст. 39 КК України).

Право на спричинення шкоди в стані крайньої необхідності виникає у особи за наявності таких умов:

– існування небезпеки, що може надходити із різних джерел (стихійні лиха, явища природи, тварини, голод та ін.);

– цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами. Тобто, якщо у людини була інша можливість уникнути спричинення шкоди для відвернення небезпеки і вона це усвідомлювала, але не скористалася цією можливістю, то кримінальна відповідальність не виключається.

На відміну від необхідної оборони, при якій єдиним джерелом суспільно небезпечного посягання є суспільно небезпечна поведінка людини, то при крайній необхідності джерелами загрози можуть бути:

– стихійні сили природи (*повені, обвали*);

– дії механізмів та різноманітні процеси (*технологічні, виробничі тощо*);

– поведінка тварин;

– не виключається кримінально протиправна поведінка людини, як така, що поєднана з недбалим поводженням з джерелом підвищеної небезпеки (зброя, радіоактивні, їдкі речовини та інші предмети) або вчинення КП (наприклад, касир викрадає гроші внаслідок погрози озброєної особи).

В той же час не буде стану крайньої необхідності, якщо небезпечна ситуація є наслідком поведінки особи, що опинилась у цій ситуації.

Шкода у стані крайньої необхідності заподіюється лише правоохоронюваним інтересам особи, суспільства або держави (третім особам), та лише протягом часу існування небезпеки.

Перевищення меж крайньої необхідності – це умисне заподіяння шкоди правоохорюваним інтересам, якщо така шкода є більш значною, ніж відвернена шкода (ч. 2 ст. 39 КК України).

Якщо ж було допущено перевищення меж крайньої необхідності, то кримінальна відповідальність настає на загальних засадах. Але стан крайньої необхідності враховується при призначенні покарання як пом'якшуюча обставина.

Особа не підлягає кримінальній відповідальності за перевищення меж крайньої необхідності, якщо внаслідок сильного душевного хвилювання, викликаного небезпекою, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди цій небезпеці (ч. 3 ст. 39 КК України).

5. Ст. 40 КК України передбачає як обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, фізичний або психічний примус.

Не є КП дія або бездіяльність особи, яка заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, вчинена під безпосереднім впливом фізичного примусу, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками (ч. 1 ст. 40 КК України).

Фізичний примус – це застосування фізичного насильства щодо особи з метою примушення до вчинення КП всупереч її волі. Фізичний примус буває двох видів:

1) *непереборний* – фізичний примус, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками (такий примус позбавляє особу можливості проявити свою поведінку внаслідок: зв'язування; позбавлення волі із замкненням у приміщенні; заподіяння тілесних ушкоджень, що призвели до втрати свідомості тощо);

2) *переборний* – фізичний примус, внаслідок якого особа зберігала можливість керувати своїми вчинками (*наприклад, при мордуванні; катуванні тощо*).

Психічний примус – це вплив на психіку людини з метою змусити всупереч її волі вчинити КП. В залежності від виду фізичного примусу вирішується питання про кримінальну відповідальність (наприклад, погроза застосування відповідного фізичного насильства (погрози вбити, заподіяти тілесні ушкодження, побити тощо) у тому числі і за допомогою зброї; застосування або погроза застосування насильства щодо рідних, близьких та інших осіб, доля яких для особи не є байдужою, тобто має істотне значення; погроза розголошення відомостей, які особа бажає зберегти в таємниці тощо).

Таким чином, психічний примус хоча і обмежує можливість особи керувати своїми, проте в переважній своїй більшості не паралізує цілком її волю, внаслідок чого ця особа все ж таки має можливість обрати той або інший варіант поведінки, як і при переборному фізичному примусі.

Якщо особа спричинює шкоду правоохоронюваним інтересам під впливом фізичного примусу, внаслідок якого особа зберігала можливість керувати своїми вчинками, а також психічного примусу, то кримінальна відповідальність настає за правилами ст. 39 КК України (ч. 2 ст. 40 КК України).

6. Відповідно до ч. 1 ст. 41 КК України, дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду право охоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу чи розпорядження.

Згідно з ч. 2 ст. 41 КК України, *законним є наказ (розпорядження):*

відданий відповідною особою у межах її повноважень;

– відданий у належному порядку (дотримання такої його форми, якої вимагає законодавство);

– який за змістом не суперечить чинному законодавству;

– не пов'язаний з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина.

Особа, яка одержала законний наказ, зобов'язана його виконати. За своєю юридичною природою виконання законного наказу – *це виконання особою свого юридичного обов'язку.*

Відмова від виконання такого наказу, його невиконання або неналежне виконання є правопорушенням, у тому числі – кримінальним (наприклад, для службових осіб передбачена відповідальність за ст. 367 КК України – «службова недбалість»; для військовослужбовців – ст. 402 КК України – «непокора»; ст. 403 КК України – «невиконання наказу»).

Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно кримінально протиправний наказ або розпорядження (ч. 3 ст. 41 КК України). Явно кримінально протиправний наказ – це такий наказ, кримінальна протиправність якого очевидна для того, хто віддає його, кому його адресовано, для інших осіб.

Особа, що виконала явно кримінально протиправний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах (ч. 4 ст. 41 КК України).

Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати кримінально протиправного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала кримінально протиправний наказ чи розпорядження (ч. 5 ст. 41 КК України).

Отже віддання кримінально протиправний наказу кваліфікується з урахуванням того, чи був виконаний цей наказ і чи усвідомлював виконавець кримінальну протиправність отриманого наказу:

1) якщо кримінально протиправний наказ було виконано, а виконавець усвідомлював його кримінальну протиправність, особа, яка віддала наказ, повинна відповідати як підбурювач до КП, а той, хто виконав наказ, є виконавцем КП;

2) якщо особа не усвідомлювала кримінально протиправний характер наказу і вчинила відповідні дії на його виконання, виконавцем КП виступає той, хто віддав наказ. Фактичний же виконавець діє за відсутності вини і кримінальній відповідальності не підлягає;

3) віддання кримінально протиправного наказу, який виконавець відмовився виконати, оскільки усвідомив його протиправність, означає невдале підбурювання до КП;

4) віддання кримінально протиправного наказу, який виконаний частково, слід кваліфікувати як невдале підбурювання з боку того, хто віддав наказ. Особа, яка вчинила частину дій, обумовлених наказом, відповідає як виконавець вчиненого КП.

Дії керівника, який шляхом віддання наказу схилив підлеглого до вчинення КП, за наявності підстав потребують самостійної кримінально-правової оцінки – як відповідного КП у сфері службової діяльності.

7. Не є КП діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно-корисної мети (ч. 1 ст. 42 КК України).

Підставою діяння, пов’язаного з ризиком, відповідно до ч. 1 ст. 42 КК України виступає наявність об’єктивної ситуації ризику, яка свідчить про необхідність *досягнення значної суспільне корисної мети. Такими визнаються* ситуації:

1. наявності небезпеки (наприклад, загроза життю хворого при лікарському ризику; небезпека захоплення території ворогом при військовому ризику тощо);

2. необхідність одержання нових знань (при дослідницькому ризику), отримання оперативної інформації про вчинювані або підготовлювані КП (при оперативному ризику);

3. недопущення великих збитків або одержання значної вигоди (при господарському ризику) та ін.

Водночас визначальною умовою правомірності діяння, пов’язаного із ризиком, законодавець визнає, насамперед, вчинення дії (бездіяльності) тільки для досягнення значної суспільне корисної мети (ч. 1 ст. 42 КК України). Такою метою може бути, наприклад, перевірка нової технології, проведення випробувального польоту, запобігання аварії, необхідність одержання нових

знань, застосування нового методу лікування при намаганні врятувати хворого, усунення небезпеки захоплення території ворогом тощо.

Ризик є виправданим, якщо:

– ризиковане діяння вчинюється для досягнення значної суспільно корисної мети;

– зазначену мету не можна було досягти в даній обстановці без ризикованого діяння;

– прийняття особою заходів, які є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам (ч. 2 ст. 42 КК України).

Тому заподіяння шкоди буде визнаватись кримінально протиправними, якщо суспільне небезпечні наслідки настають в результаті ризикованого порушення науково і практично обґрунтованих нормативних актів (наприклад, відсутня ситуація виправданого ризику у випадку, коли машиніст крану для прискорення будівельних робіт намагався підняти вантаж, який перевищував нормативне допустимі межі, що призвело до аварії та загибелі кількох осіб, оскільки в такій ситуації особа порушила конкретні нормативи виконання будівельних робіт).

Особа підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах, якщо вона вчинила діяння в умовах невиправданого ризику.

Ризик не є виправданим, якщо він завідомо створював загрозу:

– для життя інших людей;

– екологічної катастрофи;

– інших надзвичайних подій (ч. 3 ст. 42 КК України).

8. Не є КП вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх кримінально протиправної діяльності (ч. 1 ст. 43 КК України).

Отже, підставами заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам в даному випадку є:

а) вимушеність (тобто, виходячи з конкретної ситуації, особа, що виконувала спеціальне завдання, іншим шляхом не змогла б викликати до себе довіру або була б викрита її справжня роль);

б) вчинення особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації (тобто, таке завдання повинно бути документально оформлене і відображено у документах відповідної оперативно-розшукової справи);

в) мета – попередження чи розкриття кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації;

г) не було допущено перевищення меж заподіяння шкоди.

Перевищення меж заподіяння шкоди – це вчинення у складі організованої групи чи злочинної організації особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєднаного з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого

умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків (ч. 2 ст. 43 КК України). Насильство над потерпілим може полягати у різних формах незалежно від характеру заподіяної шкоди.

Тяжкими або особливо тяжкими наслідками можуть бути визнані, наприклад, випадки спричинення смерті однієї особи чи декількох осіб, заподіяння значної економічної шкоди, ускладнення міжнародних відносин, виникнення епідемій, епізоотій, епіфітотій та ін.

Тобто вчинення такою особою тяжкого або особливо тяжкого злочину з необережності, а так само вчинення умисного особливо тяжкого злочину, який не пов'язаний з насильством над потерпілим, не є перевищенням меж заподіяння шкоди і кримінальна відповідальність виключається.

За перевищення меж заподіяння шкоди особа підлягає кримінальній відповідальності, але на пільгових умовах: особа, яка вчинила вище зазначені злочини не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у виді позбавлення волі не може бути призначено їй на строк, більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого за цей злочин (ч. 2 ст. 43 КК України). У таких випадках виконання спеціального завдання розглядається як обставина, що пом'якшує покарання (п. 9 ч. 1 ст. 66 КК України).

9. Відповідно до Конституції України (ст.ст. 17 і 65) захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є справою всього Українського народу; захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є обов'язком громадян України. Належне виконання громадянами своїх обов'язків має бути забезпечене державою. Це випливає зі ст. 23 Конституції України: кожна людина має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості.

Водночас у ст. 3 Конституції України визначено: права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

У цьому контексті слід звернути увагу на те, що у ст. 43^1 КК України *захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України* визначається і як обов'язок, і як право кожної особи.

Право, визначене у ст. 43^1 КК України, є абсолютним: кожна особа має право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України незалежно від можливості уникнення зіткнення, заподіяння шкоди або звернення за допомогою до інших осіб чи органів державної влади, Збройних Сил України (ч. 2 ст. 43^1 КК України).

Значення деяких термінів, застосованих у ст. 43^1 КК України:

1) *особа* – будь-яка особа, яка має право або виконує обов'язок щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, незалежно від наявності громадянства України, віку, статі та інших ознак;

2) *воєнний стан* – це особливий правовий режим (політико-економічна ситуація), що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України чи її територіальній цілісності. Він передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню і органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення національної безпеки, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав та свобод людини й громадянина і прав та законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень;

3) поняття *збройний конфлікт* має правове значення для кваліфікації, якщо такий конфлікт відбувається поза межами воєнного стану – у разі фактичного початку воєнних дій, але ще до оголошення воєнного стану, або взагалі у мирний час.

Збройний конфлікт може бути проявом гібридної війни – війни, основним інструментом якої є створення державою-агресором в іншій державі внутрішніх конфліктів з подальшим їх використанням для досягнення політичних цілей. При цьому сама держава-агресор намагається видаватися непричетною до розв'язаного конфлікту.

Типовими компонентами гібридної війни є пропаганда та інші прояви інформаційної війни, економічне удушення, підтримка сепаратизму і тероризму, сприяння створенню нерегулярних збройних формувань, диверсійна діяльність, розширення мережі шпигунів тощо;

4) *особи, які здійснюють збройну агресію проти України*, – будь-які особи, що відповідно до міжнародного гуманітарного права належать до комбатантів, тобто всі учасники збройного конфлікту міжнародного характеру.

Відповідно до ч. 1 ст. 43^1 КК України *умовами, за яких діяння, передбачене КК України, не визнається кримінальним правопорушенням*, є:

1) вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Воєнний стан в Україні оголошено з 24 лютого 2022 р. згідно з Указом Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022;

2) спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії РФ або агресії іншої країни. Виходячи з цієї ознаки, не охоплюється положеннями ст. 43^1 КК України, наприклад, вбивство військовополоненого або інше КП, яке вчинене не у зв'язку з відсіччю чи стримуванням збройної агресії РФ або агресії іншої країни;

3) спричинило шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює агресію, або будь-яким іншим правоохоронюваним інтересам, за відсутності ознак катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

4) шкоду заподіяно шляхом застосування зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин особам, які здійснюють збройну агресію проти України, або майну.

Ч. 2 ст. 43^1 КК України надає особі можливість (гарантії) діяти рішуче і наступально: незалежно від того, чи можна уникнути зіткнення, заподіяння шкоди або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів державної влади чи Збройних Сил України.

Положення ч. 3 ст. 43^1 КК України дозволяє особі, яка реалізує право на захист Вітчизни, *застосовувати зброю (озброєння), бойові припаси або вибухові речовини проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, та пошкоджувати і знищувати у зв'язку з цим будь-яке майно*. Відповідальність за такі діяння не настає навіть у разі умисного знищення майна.

Водночас положення ч.ч. 1 і 4 ст. 43^1 КК України попереджають про недопущення випадків *перевищення виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України*.

Так, не вважається виконанням такого обов'язку діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії РФ або агресії іншої країни, за сукупності таких умов:

1) діяння є умисним (це випливає зі спрямованості);
2) воно явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування;
3) воно не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та
4) ним створено загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Наприклад, ідеться про умисний удар артилерії чи мінометів по житлових будинках, серед яких стоять танки агресора, що спричинило загибель цивільного населення, або підрив мосту задовго до того, як війська агресора наблизились до нього, що унеможливило проведення евакуації людей, або підрив дамби чи цистерн з небезпечною речовиною тощо.

Також в законі прямо вказано, що *перевищенням виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни вважаються*: а) катування, б) застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, і в) інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

У контексті ст. 43^1 КК України також слід згадати, що згідно із Законом «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р. № 2114-IX, Розділ II «Прикінцеві та перехідні положення» Кримінального кодексу України доповнено новим пунктом: «22. Цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України».

Проте, заборона порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами (у т.ч. і катування), презюмується.

Питання до самоконтролю

1. Які види обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, ви знаєте?
2. Що являє собою необхідна оборона?
3. Яка мета ставиться при затриманні особи, що вчинила кримінальне правопорушення?
4. Поясніть, коли наказ (розпорядження) є законним.
5. У яких випадках перевищення повноважень при виконанні спеціального завдання тягне кримінальну відповідальність?
6. Які умови правомірності діянь, вчинених у стані фізичного або психічного примусу?