

УДК 349.2
DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v3.2023.12>

Г. М. Андрусяк
orcid.org/0000-0003-1681-7384
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Волинського національного університету імені Лесі Українки

БЕЗМЕЖНА НЕОБХІДНА ОБОРОНА ВІД НАСИЛЬНИЦЬКИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ

Постановка проблеми. У чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК) передбачаються випадки, коли спричинення будь-якої шкоди особою, яка захищається іншої особи, яка посягає, буде вважатися правомірним за будь-яких умов. Звісно, для цього повинні існувати надзвичайно вагомні обставини, які надають особі, яка захищається, реалізувати своє суб'єктивне право на спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам будь-якої тяжкості. Так, згідно з ч. 5 ст. 36 КК не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає. Водночас у цій частині відсутня така підстава для безмежної необхідної оборони, як захист від кримінального правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, що, на наш погляд, є прогалиною кримінально-правового реагування та потребує нормативного коригування.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У теорії кримінального права України проблема дослідження безмежної необхідної оборони була в полі зору окремих науковців, серед яких хочемо виокремити науковий доробок Ю.В. Бауліна, Л.В. Гусар, О.О. Дудорова, О.О. Кваші, Д.М. Мошенця, І.І. Присяжнюка та інших. Водночас наукові праці цих науковців здебільшого стосуються аналізу тих підстав необхідної оборони, що нині передбачені у КК.

Мета статті полягає у висвітленні проблеми можливості безмежної необхідної оборони у разі захисту від кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Виклад основного матеріалу. На думку Б. М. Орловського, у ч. 5 ст. 36 КК йдеться про спеціальні випадки необхідної оборони, які передбачають можливість захисту будь-якими засобами від протиправних посягань, що становлять найвищу суспільну небезпеку [1, с. 57].

Водночас П.Л. Фріс відносить описане до ситуацій підвищеної небезпеки для особи, яка була піддана нападу», за яких можливе застосування крайніх заходів [2, с. 26]. На нашу думку, підстави, передбачені ч. 5 ст. 36 КК, доцільно іменувати підставами безмежної необхідної оборони, оскільки законодавець чітко передбачив, що особа може захищатися від посягання, передбаченого цією частиною статті, реалізуючи своє право на спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам, при цьому тяжкість шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає, значення немає.

Відразу ж зазначимо, що вважаємо всі підстави, зазначені у ч. 5 ст. 36 КК, проявами застосування насильства, що важливо враховувати під час вдосконалення підстави безмежної необхідної оборони, яка характеризується в цій праці. Так, перша та друга підстави безмежної необхідної оборони полягає в захисті від нападу озброєної особи або нападу групи осіб. У теорії кримінального права напад традиційно розуміється як раптова, несподівана для потерпілого, короткочасна, агресивна, насильницька дія, який може бути як відкритим, так і таємним, та органічно пов'язаним із фізичним або психічним насильством, що має так званий інструментальний характер [3, с. 263; 4, с. 154]. Що стосується третьої підстави безмежної необхідної оборони, а саме відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, то використана законодавцем термінологія однозначна та прямо вказує на те, що таке суспільно небезпечне посягання є насильницьким.

У проєкті КК питання безмежної необхідної оборони вирішені дещо по-іншому, аніж у чинному КК. Так, згідно з ч. 6 ст. 2.9.2 проєкту КК не є перевищенням меж правомірного захисту спричинення будь-якої шкоди особі, яка вчиняє протиправне посягання, у випадках, якщо особа: 1) здійснювала захист від протиправного посягання особи, яка застосувала зброю, небезпечний предмет (п. 22 ч. 2 ст. 1.4.1 цього Кодексу) чи інший предмет, який має властивості зброї або небезпечного предмета, 2) здійснювала захист від нападу двох чи більше осіб, 3) припиняла проти-

правне вторгнення у житло чи інше володіння; 4) здійснювала захист від зґвалтування [5]. Таким чином, розробники проєкту КК вважають, що однією з підстав безмежного правовірного захисту є захист від зґвалтування.

У КК штату Нью-Йорк (США) усі посягання залежно від дозволеної межі застосування насильства з метою оборони поділяються на два види, а саме на посягання, захищаючись від яких, дозволяється заподіювати смерть нападнику (перелік таких посягань чітко визначений) та на посягання, від яких дозволяється захищатися із застосуванням будь-якої фізичної сили, окрім смертельної. Так, згідно з п. «а» ч. 2 § 35.15 КК штату Нью-Йорк, застосування смертельної фізичної сили не дозволяється, коли особа, яка обороняється, розумно вважає, що інша особа застосує смертельну фізичну силу чи існує загроза її застосування. Проте і в цьому випадку законом встановлено перевагу інших способів реагування на посягання: якщо особа, яка зазнала нападу, може уникнути посягання, не спричинюючи смерті нападнику, без серйозної небезпеки для себе чи інших осіб, вона повинна скористатись цією можливістю. По-друге, в даній частині параграфа встановлено безумовне право на спричинення смерті (тобто навіть за можливості уникнути посягання, не заподіюючи смерті нападнику) у наступних випадках: 1) коли той, хто зазнав нападу, перебуває у своєму житлі, причому не нападав першим; 2) коли той, хто зазнав нападу, є працівником поліції, посадовою особою, що здійснює нагляд за дотриманням громадського порядку, або допомагає названим особам за їхньою вказівкою; 3) коли особа, яка посягає, вчиняє чи намагається вчинити викрадення людини, зґвалтування чи пограбування; 4) коли особа, яка посягає, вчиняє чи намагається вчинити burglary; 5) коли особа, яка посягає, застосує чи от-от почне застосовувати смертельну фізичну силу; 6) коли особа, яка посягає, вчиняє чи намагається вчинити підпал (§ 35.20) [6, с. 116; 7, с. 57]. Тобто, в цьому Кодексі також допускається безмежна необхідна заборона у разі захисту від зґвалтування.

Схожа пропозиція висловлювалася нами раніше. Так, у своїй монографії ми вказували на те, що аналіз матеріалів судової практики зумовлює висновок, що суди часто не застосовують норму про необхідну оборону при посяганні на статеву свободу жінки, і жертва зґвалтування притягається до кримінальної відповідальності за перевищення меж необхідної оборони або й за умисне спричинення тяжкої шкоди здоров'ю. При цьому суди зазвичай у таких випадках, коли потерпілою особою яка зазнала статевої агресії з боку іншої особи (зазвичай йдеться про поведінку жінки, яка для уникнення насиль-

ницького статевого акту заподіює тяжку шкоду здоров'ю гвалтівника або й навіть смерть), навіть не розглядають питання про можливість звільнення такої особи, яка оборонялася, від кримінальної відповідальності у зв'язку з наявністю в її діях стану необхідної оборони. Водночас, на нашу думку, «у разі заподіяння жінкою, яка захищається від зґвалтування, тяжкої шкоди гвалтівнику, не можна розглядати як такі, що вчинені з перевищенням меж необхідної оборони, якщо заподіяна нею шкода виявилася більшою, ніж шкода попереджена, і ніж та, якої було б достатньо для попередження нападу, якщо при цьому не було допущено явної невідповідності захисту характеру і небезпеці посягання. Крім того, слід враховувати і особливий стан жінки, яка обороняється, в момент зґвалтування – переляк, страх, розгубленість, безпорадність тощо». Тому у своїй монографії ми дійшли висновку, що жінка, яка захищається від нападу гвалтівника, справі захищатися будь-якими засобами і спричинити тяжку шкоду особі, яка посягає на її статеву свободу, честь і гідність та запропонували доповнити ч. 5 ст. 36 КК, яка передбачає спеціальні види необхідної оборони, що «не є перевищенням меж необхідної оборони застосування зброї чи якихось інших засобів чи предметів, незалежно від тяжкості наслідків, для захисту від нападу, поєданого з посяганням на здоров'я, статеву свободу чи статеву недоторканість особи» [7, с. 189–191].

Тобто, наш попередній підхід до необхідності вдосконалення ч. 5 ст. 36 КК у частині закріплення вказаного вище спеціального виду необхідної оборони, містив більш широкий підхід до тих злочинів, щодо захисту від яких можлива необхідна оборона з огляду на умови, передбачені у ч. 5 ст. 36 цього Кодексу (злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи) порівняно з проєктом КК (зґвалтування).

Водночас наш попередній варіант пропозиції щодо вдосконалення ч. 5 ст. 36 КК слід доповнити з огляду на зміну вектору кримінально-правової політики стосовно реагування на вчинення кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Йдеться про Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», який набрав чинності у частині, що стосується, у тому числі, внесення змін у КК України, з 11.01.2019 [8].

Після набрання чинності вказаним Законом, а отже після викладення у новій редакції норм про статеву свободу та статеву недоторканість особи окремими науковці вбачають за необхідне

оцінювати захист особи лише від зґвалтування у разі спричинення шкоди гвалтівнику крізь призму ч. 1 ст. 36 КК. Так, на думку О.О. Дудорова, «положення ч. 1 ст. 36 КК про припинення суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння шкоди може бути поширене й на випадки необхідної оборони проти зґвалтування, яке фактично продовжується після того, як юридично цей злочин закінчено» [9, с. 26]. Таким чином, цей науковець не порушує питання про можливість оцінки дій особи, яка захищається від суспільно небезпечного посягання у вигляді зґвалтування, в окремих випадках крізь призму ч. 5 ст. 36 КК та не пропонує шляхів вирішення цієї проблеми. Погодитися з таким підходом не можемо.

Як зазначалося вище, Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» [8] було кардинально змінено вектор кримінально-правової політики стосовно реагування на кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Так, до статевих кримінальних правопорушень на сьогодні віднесено: зґвалтування – вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи (ст. 152 КК), сексуальне насильство – вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи (ст. 153 КК), примушування до вступу в статевий зв'язок – примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою (ст. 154 КК), вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку – вчинення повнолітньою особою дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, з використанням геніталій, іншого органу чи частини тіла або будь-якого предмета (ст. 155 КК), розбещення неповнолітніх – вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ст. 156 КК), домагання дитини для сексуальних цілей – Пропозиція зустрічі, зроблена повнолітньою особою, у тому числі з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем або технологій, особі, яка не досягла шістнадцятирічного віку, з метою вчинення стосовно неї будь-яких дій сексуального характеру або розпусних дій, у разі якщо після такої пропо-

зиції було вчинено хоча б одну дію, спрямовану на те, щоб така зустріч відбулася (ст. 156-1 КК).

Ураховуючи ступінь суспільної небезпеки вказаних статевих кримінальних правопорушень, було б неправильним обмежувати спеціальний вид необхідної оборони виключно встановленням можливості захищатися всіма можливими засобами та незалежно від спричинених наслідків виключно від зґвалтування. Адже в такому разі фактично ігноруються такі природні праві людини, як право на статеву свободу та статеву недоторканість та право на необхідну оборону. Вказані права є природними з огляду, зокрема, на те, що вони належать кожній особі з моменту народження та не допускають жодних винятків залежно від певних особливостей людини, наприклад, залежно від статі, віку. Підхід, запропонований авторами проєкту КК України, обмежує вказані вище природні права людини. Адже незрозумілим, наприклад, залишається, чому не належить до спеціальних видів необхідної оборони захист особи від сексуального насильства (ст. 153 КК) чи, скажімо, вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ст. 155 КК).

Водночас було б неправильним всі випадки «статевих кримінальних правопорушень» відносити до спеціальних видів необхідної оборони (ч. 5 ст. 36 КК), оскільки не всі їхні прояви є однаково суспільно небезпечними. Окрім того, як вже зазначалося вище, у ч. 5 ст. 36 КК законодавець на сьогодні, як, до слова, і в проєкті цього Кодексу, передбачив можливість безмежного захисту від таких посягань, що вчиняються із застосуванням насильства або групою осіб / декількома особами або озброєною особою, або з метою захисту від вторгнення свого житла або іншого приміщення / іншого володіння. При цьому, як вже зазначалося раніше, насильство є іманентною властивістю всіх цих спеціальних випадків. Оскільки у разі вчинення «статевих кримінальних правопорушень» озброєною особою або групою осіб, безмежний захист від таких посягань сам по собі вже буде оцінюватися крізь призму ч. 5 ст. 36 КК, вважаємо за доцільне під час доповнення цієї частини вказівкою на «статеві кримінальні правопорушення» обмежити її уточненням на застосування насильства до особи, яка захищатиметься від протиправних дій. Така вказівка, на нашу думку, забезпечить однаковий підхід до правового регулювання випадків безмежної необхідної оборони, які, повторимося, характеризуються спільною ознакою – застосуванням насильства.

Висновки. Підводячи підсумки дослідження, відзначимо, що підстави безмежної необхідної оборони, передбачені ч. 5 ст. 36 КК, доцільно розширити, доповнивши їх вказівкою на те, що

право на спричинення безмежної шкоди може бути реалізоване особою для захисту від насильницького кримінального правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Запропоновано з огляду на нашу пропозицію таку редакцію ч. 5 ст. 36 КК:

«5. Не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту себе чи інших осіб від нападу озброєної особи або нападу кількох осіб, або від посягання на статево-свободу та статево-недоторканість особи, поєданого із застосуванням насильства, а також для відвернення протиправного вторгнення у житло чи інше володіння особи, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає».

Література

1. Орловський Б. М. Теоретичні і практичні основи кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Одеський нац. ун-т ім. І.І. Мечнікова. Одеса, 2013. 211 с.
2. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручн. для студ. вищ. навч. закладів. Київ: Атіка, 2004. 488 с.
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Гришук та ін.; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. Київ: Каннон, А.С.К., 2002. 1102 с.
4. Храмов О. М. «Напад» як вид насильницьких дій (проблеми кримінально-правової оцінки). *Вісник Харків. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна. Серія «ПРАВО»*. 2022. Вип. 22. С. 152–155.
5. Проект Кримінального кодексу України (станом на 22.05.2023). URL: <https://cutt.ly/UwpZg2Oy> (дата зверн. 30.07.2023).
6. Боднарук О. Правова регламентація необхідної оборони за кримінальним законодавством США. *Вісник Нац. академії прокуратури України*. 2011. № 2. С. 114–120.
7. Мошенець Д. М. Інститут необхідної оборони у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Нац. академ. внутр. справ. Київ, 2016. 236 с.
8. Кваша О. О., Андрусак Г. М. Необхідна оборона (захист від посягання на статево-свободу та статево-недоторканість особи): монограф. Київ: «АртЕК», 2016. 264 с.
9. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 06.12.2017 № 2227-VIII. URL: <http://surl.li/hsvg> (дата зверн. 30.07.2023).
10. Дудоров О. О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики): практич. порадник. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. 92 с.

Анотація

Андрусак Г. М. Безмежна необхідна оборона від насильницьких кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. – Стаття.

У статті розглянуто проблему можливості безмежної необхідної оборони у разі захисту від насильницького кримінального правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Констатовано, що всі передбачені підстави безмежної необхідної оборони в чинному Кримінальному кодексі України характеризуються такою властивістю, як насильство. Адже напад – це завжди насильницька дія, а вторгнення у житло чи інше приміщення, як безпосередньо передбачено законодавцем, вчиняється виключно в насильницький спосіб. Згідно з моделлю норми про необхідну оборону, що сконструйована в проекті Кримінального кодексу України, безмежний правомірний захист можливий і в разі, коли особа його здійснює від захисту від згвалтування та спричиняє шкоду незалежно від її тяжкості. Констатовано зміну вектору кримінально-правової політики щодо кримінально-правової охорони статевої свободи та статевої недоторканості особи і встановлено, що у разі визнання підставою безмежного необхідного захисту лише захист від згвалтування не буде забезпечено однакової кримінально-правової охорони відповідного порядку суспільних відносин. Запропоновано передбачити, що не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту себе чи інших осіб від посягання на статево-свободу та статево-недоторканість особи, поєданого із застосуванням насильства, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає. Запропоновано відповідну модель частини 5 статті 36 Кримінального кодексу України. Відповідна проєктована стаття може бути використана розробниками проєкту КК для розширення кримінально-правової охорони статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Ключові слова: необхідна оборона, злочин, кримінальне правопорушення, правомірний захист, згвалтування, кримінальне правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Summary

Andrusiak H. M. Unlimited necessary defense against violent criminal offenses against sexual freedom and sexual inviolability. – Article.

The article deals with the issue of the possibility of unlimited necessary defense in the case of defense against a violent criminal offense against sexual freedom and sexual inviolability of a person. It is stated that all the grounds for unlimited necessary defense provided for in the current Criminal Code of Ukraine are characterized by such a property as violence. After all, an attack is always a violent act, and an intrusion into a dwelling or other premise, as directly provided for by the legislator, is committed exclusively in a violent manner. According to the model of the norm on necessary defense, which is constructed in the draft Criminal Code of Ukraine, unlimited lawful defense is also possible when a person exercises it against protection from rape and causes harm regardless of its severity. The author notes a change in the vector of criminal law policy regarding criminal law protection of sexual freedom and sexual

inviolability of a person and establishes that if only protection against rape is recognized as the basis for unlimited necessary defense, the same criminal law protection of the relevant order of social relations will not be ensured. The author proposes to provide that the use of weapons or any other means or objects to protect oneself or other persons from an attack on sexual freedom and sexual inviolability of a person combined with the use of violence is not an excess of the limits of necessary defense and does not entail criminal liability,

regardless of the severity of the harm caused to the attacker. A corresponding model of Part 5 of Article 36 of the Criminal Code of Ukraine is proposed. The relevant draft article can be used by the drafters of the Criminal Code to expand the criminal legal protection of sexual freedom and sexual inviolability of a person.

Key words: necessary defense, crime, criminal offense, legitimate defense, rape, criminal offense against sexual freedom and sexual inviolability of a person.