

дянином якої є засуджений, за вчинене діяння він поніс покарання або був виправданий, або провадження буде закрите, або особа звільнена від покарання компетентним органом; 3) покарання не може бути виконано в державі, громадянином якої він є, внаслідок закінчення строків давності або з інших підстав, передбачених законодавством; 4) засуджений має постійне місце проживання на території держави, судом якої постановлений вирок; 5) не досягнена згода про передачу засудженого на умовах, передбачених Конвенцією.

Наявність міжнародних актів щодо порядку врегулювання питань виконання вироків, постановлених судами інших держав щодо громадян України не дає відповіді на всі питання які виникають в сучасних умовах. З огляду на аналіз наведених чинних конвенційних умов доцільно передбачити в законодавстві можливість перегляду судових рішень у випадках виявлення в вироках політичних мотивів, зумовлених загостренням конфліктної ситуації між державами.

1. *Зінченко А.А.* Історія дипломатії: від давнини до нового часу : навч. посіб. / Зінченко А.А. [вид. 3-є]. – К. : ВПОЛ, 2005. – С. 7. 2. *Звіт* судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження [Електронний ресурс]. – Режим доступу : // www.cjort.gov.ua 3. *Кримінальний процесуальний кодекс України* від 13.04.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B2-17> 4. *Закон України «Про міжнародні договори»* 29.06.2004 р. в ред. від 20.07.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1906-15/card2#Card> 5. *Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків* від 28.05.1970р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 31. 6. *Положення про Міністерство юстиції України, затвердженого Указом Президента України* від 11 січня 2012р. (із змінами від 15.04.2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/395/2011> 7. *Конвенція ООН «Про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбування покарання у державі, громадянами якої вони є»* від 19.05.1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_831/card2#Card; *Конвенції Ради Європи про передачу засуджених осіб* від 21.03.1983 р. // Офіційний вісник України. – 2005. – № 44. 8. *Конвенції Ради Європи про передачу засуджених осіб* від 21.03.1983 р. // Офіційний вісник України. – 2005. – № 44.

УДК 343.228

Б. М. ОРЛОВСЬКИЙ

ЗАХИСТ ВЛАСНОСТІ ПРИ НЕОБХІДНІЙ ОБОРОНІ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА СУЧАСНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Досліджено механізм кримінально-правового захисту власності при необхідній обороні у кримінальному праві України. Розглядаються нормативні положення про захист

© ОРЛОВСЬКИЙ Богдан Михайлович – кандидат юридичних наук, старший викладач Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова

власності у кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн. Автором формулюються відповідні пропозиції до Кримінального кодексу України. Подано узагальнення судової практики з питань необхідної оборони.

Ключові слова: захист власності, необхідна оборона, нерухоме майно, рухоме майно, суспільно небезпечне посягання.

Орловский Б.М. Защита собственности при необходимой обороне: зарубежный опыт и современное уголовное законодательство

Исследован механизм уголовно-правовой защиты собственности при необходимой обороне в уголовном праве Украины. Рассматриваются нормативные положения о защите собственности в уголовном законодательстве некоторых зарубежных стран. Автором формулируются соответствующие предложения в Уголовный кодекс Украины. Подано обобщение судебной практики по вопросам необходимой обороны.

Ключевые слова: защита собственности, необходимая оборона, недвижимое имущество, движимое имущество, общественно опасное посягательство.

Orlovskiy Bogdan. The protection of property at the necessary defense: foreign experience and modern criminal legislation

The article investigates the mechanisms of legal protection of property in the necessary defense in the criminal law of Ukraine. It also investigates the provisions, which regulate the protection of property at necessary defense in the criminal legislation of some foreign countries. Based on this study, the author formulates appropriate proposals in the Criminal Code of Ukraine and in the generalization of judicial practice on the necessary defense.

Key words: protection of property, the necessary defense, immovable property, movable property, socially dangerous encroachment.

Необхідна оборона як правомірний суспільно корисний вчинок, що виключає злочинність діяння, забезпечує захист від суспільно небезпечного посягання певного кола об'єктів. Одним із таких об'єктів захисту при необхідній обороні виступає власність. Чинне кримінальне законодавство України не містить регламентації механізму кримінально-правового захисту власності при необхідній обороні. Відсутні ґрунтовні дослідження з цього приводу і в науці українського кримінального права. В той же час існує низка нормативних положень про захист власності при необхідній обороні у кримінальному законодавстві певних зарубіжних країн. Тому розгляд питань, пов'язаних із вивченням та визначенням на рівні законодавчих положень механізму кримінально-правового захисту власності при необхідній обороні, в рамках побудови в Україні кримінального законодавства на рівні європейських стандартів, є необхідним для подальшого розвитку української кримінально-правової науки.

Дослідженням різних аспектів інституту необхідної оборони у вітчизняній та сучасній науці кримінального права займалися такі вчені, як П. П. Андрушко, Ю. В. Баулін, В. Л. Володарський, В. П. Діденко, С. І. Міронов, Я. В. Мочкош, Н. Н. Паше-Озерський, Л. Н. Смірнова, В. І. Осадчий, І. С. Тишкевич, І. В. Ткаченко, Т. Г. Шавгулідзе, М. І. Якубович, праці яких були базою для подальших наукових розробок. Водночас системне дослідження механізму кримінально-правового захисту власності при необхідній обороні, в тому числі і на рівні аналізу відповідних положень у кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн, в науці кримінального права України допоки не здійснювалось.

Необхідна оборона як обставина, що виключає злочинність діяння, забезпечує можливість захисту особою різних об'єктів від суспільно небезпечного посягання. До таких об'єктів захисту окрім життя і здоров'я, прав і свобод, правоохоронюваних інтересів особи, відноситься також і її власність. Про захист власності у редакції статті 36 КК України зазначається лише побічно в ч. 5, де вказується, що «не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів ... для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає»¹. Тобто можливо зазначити, що на рівні законодавчих положень захист власності при необхідній обороні у діючому КК України не передбачений. Існує лише посилення на можливість відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, що розглядається у кодексі як спеціальний випадок необхідної оборони при захисті від посягань, що становлять підвищену суспільну небезпеку. Також відсутнє будь-яке описання механізму захисту власності при необхідній обороні і у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону»². У зв'язку з цим розглянемо існуючі норми про захист власності при необхідній обороні у кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн. Потрібно зазначити, що найбільшу увагу на рівні саме законодавчих положень, йому приділяється у кримінальному законодавстві таких зарубіжних країн, як США та Франції.

У французькому кримінальному законодавстві існують окремі норми, які регулюють застосування необхідної оборони при захисті власності. Так стаття 122-5 КК Франції встановлює, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка здійснила дії по захисту власності, за виключенням умисного вбивства, та при відповідності засобів захисту тяжкості злочинного діяння³. В ст. 122-6 КК Франції визначені два спеціальних випадки правомірного захисту під час посягань щодо власності. Відповідно до цієї статті, діючим у стані правомірного захисту вважається той, хто здійснює дії, вчинені:

п. 1 з метою відбити проникнення вночі до житла, що здійснюється шляхом злому, насильства або обману;

п. 2 з метою захистити себе від осіб, які здійснюють крадіжку чи грабіж, посяданий з насиллям⁴.

Значення вказаних положень КК Франції викликає дискусії серед французьких юристів. Спочатку вважалося, що в даному випадку міститься презумпція абсолютної правомірності захисту, однак в 1959 році Касаційний Суд Франції прямо вказав, що вказана законодавча презумпція не містить абсолютний та беззаперечний характер і може змінюватись під впливом доказів⁵.

У кримінальному законодавстві США захист власності при необхідній обороні характеризується ще більш детально і його кримінально-правовому регулюванню присвячені окремі параграфи та розділи. За КК штату

Нью-Йорк, що є центральним серед кримінальних кодексів різних штатів, все майно поділяється на дві категорії – рухоме та нерухоме, що передбачає різний порядок і способи його захисту. Згідно параграфу 35.25 КК штату Нью-Йорк для захисту рухомого майна особа може застосовувати фізичну силу до іншої особи, за виключенням смертельної фізичної сили, тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що це необхідно для попередження або припинення вчинення іншою особою крадіжки або вчинення чи спроби вчинення іншою особою кримінально-каранної шкоди майну. Параграфом 35.20 КК штату Нью-Йорк встановлюється захист особи при берглері та підпалі відносно нерухомого майна, при якому дозволяється використовувати навіть смертельну фізичну силу⁶.

Кримінальний кодекс штату Техас містить розділ «D», який складається із трьох груп кримінально-правових норм, що регулюють захист майна: норми, що регулюють захист свого майна; норми, що регулюють використання смертельної сили для захисту майна; норми, що регулюють захист майна третіх осіб.

Відповідно до параграфу 9.41 КК штату Техас: а) особа, що законно володіє нерухомістю або рухомим майном може бути виправдана у застосуванні сили тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що застосування сили негайно необхідно для попередження або припинення порушення права володіння чи незаконного перешкоджання здійсненню права використання майном; б) особа, незаконно позбавлена нерухомості або рухомого майна, може застосовувати силу тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що така сила необхідна негайно для повернення майна, при умові, що сила застосовується негайно або через короткий час після позбавлення майна і особа розумно вважає, що інша особа не має ніякого права на це майно або інша особа при заволодінні майном використовувала силу, погрозу чи шахрайство по відношенню до власника майна⁷.

Застосування смертельної сили для захисту майна регулюється параграфом 9.42 КК штату Техас. Відповідно до цього параграфу особа виправдано застосовує смертельну силу по відношенню до іншої особи для захисту нерухомого чи рухомого майна: 1) якщо вона могла би застосувати таку силу, як того вимагає параграф 9.41; 2) тоді і в такій мірі, коли вона розумно вважає, що це необхідно негайно: а) для попередження близького за часом здійснення підпалу, берглері, грабежу, розбою, крадіжки у нічний час; б) для затримання особи, яка щойно вчинила берглері, грабіж, розбій, крадіжку у нічний час; 3) особа розумно вважає, що нерухомість або рухоме майно неможливо захистити чи відновити іншим способом, або коли використання будь-якої іншої сили, окрім смертельної, піддає того, хто захищається або інших людей смертельній небезпеці чи небезпеці отримання тяжких тілесних ушкоджень.

Щодо захисту майна третіх осіб існує параграф 9.43 КК штату Техас в якому вказано, що застосування сили або смертельної сили для захисту майна третіх осіб допускається в тих самих випадках, що й при захисті особою власного майна⁸.

Проаналізувавши зарубіжний досвід кримінально-правового регулювання захисту власності при необхідній обороні в КК Франції та кримінальних кодексах США, автор вважає, що такий досвід потрібно запозичити і для українського кримінального законодавства. У своїх попередніх наукових дослідженнях автором пропонувалося характеризувати поняття необхідна оборона в ч. 1 ст. 36 КК України наступним чином: «Необхідною обороною визнаються дії особи, вчинені з метою захисту свого життя і здоров'я, прав і свобод, власності, суспільних інтересів або з метою захисту інших осіб від суспільно небезпечного посягання, спрямовані на заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної й достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання»⁹. У цьому визначенні існує безпосередня вказівка на власність як об'єкт захисту при необхідній обороні.

Сам же кримінально-правовий механізм захисту власності при необхідній обороні доцільно, на нашу думку, описати в узагальненні судової практики з питань необхідної оборони, яким є Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону». Нормативні положення про такий захист можливо викласти у п. 2 цієї постанови наступним чином:

«Потрібно розуміти, що необхідна оборона може здійснюватися особою у випадку захисту власності при відповідності її захисних дій суспільній небезпеці посягання та обстановці захисту. Суспільна небезпека посягання, крім загальних критеріїв щодо вчинення злочину певного ступеня тяжкості, повинна також визначатися за: видом власності, на який спрямовується посягання (нерухоме чи рухоме майно); способом вчинення посягання, який може бути загальною небезпечним (вибух, підпал, використання холодної чи вогнепальної зброї); часом доби, в який відбувається посягання; кількістю осіб, що здійснюють посягання. При цьому необхідною обороною можуть бути не лише дії, пов'язані із захистом майна від суспільно небезпечного посягання, а й дії, пов'язані з його поверненням, якщо таке майно перейшло до того, хто посягає в результаті або процесі здійснення посягання. При визначенні стану необхідної оборони у випадку повернення майна суди повинні враховувати, що захисні дії особи, пов'язані із таким поверненням, мають бути вчинені негайно після вибуття майна з її володіння або через короткий проміжок часу після цього, який має виключати остаточне та беззаперечне завершення посягання».

Таким чином, нами було охарактеризовано можливі законодавчі положення щодо захисту власності при необхідній обороні на рівні узагальнення судової практики, які, на його думку, можуть суттєво покращити механізм її кримінально-правового регулювання і допомогти уникнути деяких протиріч у правозастосовній сфері.

Тепер потрібно зупинитись на такому специфічному випадку захисту власності при необхідній обороні, який пов'язаний із захистом особою свого житла від берглері (незаконного проникнення до житла з метою вчинити в ньому злочин). У параграфі 35.20 КК штату Нью-Йорк він викладе-

ний наступним чином: «особа, яка володіє житлом чи здійснює контроль над ним, а також особа, що має дозвіл перебувати всередині житла, яка розумно вважає, що інша особа вчиняє або намагається вчинити берглері по відношенню до житла, може використати смертельну фізичну силу по відношенню до такої особи, якщо вона розумно вважає, що це необхідно для запобігання вчинення берглері». В українському кримінальному законодавстві (ч. 5 ст. 36 КК України) йому частково відповідає спеціальний випадок необхідної оборони, пов'язаний із «попередженням протиправного насильницького вторгнення до житла чи іншого володіння особи», під час якого захист можливий із застосуванням зброї і нанесенням тяжкої шкоди здоров'ю нападника. Однак, при цьому не враховуються можливості агресора увійти до житла звичайним або оманним шляхом (наприклад як сусіда по якій-небудь справі чи при рекомендації працівником соціальних служб або працівником правоохоронних органів) і подальшого намагання, після проникнення до житла, вчинити тяжкий злочин у ньому. При такій ситуації положення про підвищену суспільну небезпеку посягання і можливість заподіяння при необхідній обороні тяжкої шкоди нападнику діяти не будуть, оскільки момент вторгнення до житла пройшов не протиправно. Тому, на переконання автора, з метою усунення такої прогалини перелік спеціальних випадків необхідної оборони у ч. 5 ст. 36 КК України потрібно доповнити наступним – «захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі», правомірність якого повинна залежати від оцінки того факту, чи дійсно особа, що посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи чи ні. Якщо особа, що посягає, намагається вчинити тяжкий злочин у житлі іншої особи, то захист від її посягання у зв'язку з підвищеним рівнем його суспільної небезпеки не повинен вважатися перевищенням меж необхідної оборони, незалежно від тяжкості заподіяної їй шкоди. При цьому такий захист повинен допускатися як зі сторони власника чи володільця житла, так і зі сторони третьої особи, яка перебуває у житлі на законних підставах (товариш, сусід, родич). На думку автора детально охарактеризувати і розкрити можливість такого захисту доцільно на рівні узагальнення судової практики про необхідну оборону, а саме в п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону» наступним чином: «Захист особи від тяжкого злочину у своєму житлі передбачає можливість власника (володільця) житла, або іншої особи, яка знаходиться у житлі на законних підставах, заподіяти тяжку шкоду (смерть або тяжкі тілесні ушкодження) тому, хто здійснює тяжкий або особливо тяжкий злочин у цьому житлі в залежності від конкретних обставин цього злочину». В даному випадку ми говоримо саме про вчинення з боку того, хто посягає тяжкого або особливо тяжкого злочину у житлі, а не про суспільно небезпечне посягання з його боку, в якому немає класифікації по ступеню тяжкості та суб'єктами якого, крім загальних, можуть бути також малолітні чи психічно хворі особи. В якості обґрунтування можна зазначити, що, по-перше, категорії «тяжке та особ-

ливо тяжке суспільно небезпечне посягання» в науці кримінального права не розроблені та по-друге посягання малолітніх чи психічно хворих людей, в силу їх фізичної чи психічної недосконалості, не можуть становити такого рівня суспільної небезпеки, щоб автоматично дозволяти особі, яка захищається заподіювати їм із використанням зброї смерть чи тяжкі тілесні ушкодження без врахування суспільної небезпеки посягання та обстановки захисту.

1. *Кримінальний кодекс України (із змінами і доповненнями станом на 25 лютого 2013 року) / укладач проф. В. І. Тютюгін. – Х. : Одисей, 2013. – С. 19.* 2. *Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: 1973-2005 рр. – Х. : Одисей, 2006. – С. 32.* 3. *Смирнова Л. Н. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, по законодательству некоторых западно-европейских государств / Л. Н. Смирнова // Вестник Томского государственного университета. – 2008. – № 3. – С. 130.* 4. *Хохлова І. В. Кримінальне право зарубіжних країн : навч. посіб. / І. В. Хохлова, О. П. Шем'яков. – К.: Центр навчальної літератури 2006. – С. 109.* 5. *Уголовное законодательство стран Европейского союза : учеб. пособ. / А. Н. Ежов, Н. А. Селяков. – М., Архангельск : Юпитер, 2005. – С. 147.* 6. *Пакутин В. Д. Превышение пределов необходимой обороны по законодательству стран дальнего зарубежья (сравнительный анализ) / В. Д. Пакутин // Материалы Всероссийской научно-практической конференции посвященной 95-летию Башкирского государственного университета. – Уфа : Башкирский гос. ун-т., 2004. – Ч. 1. – С. 66.* 7. *Миронов С. И. Необходимая оборона по уголовному праву Англии и США : особенности регулирования / С. И. Миронов // Государство и право. – 2002. – № 6. – С. 63-64.* 8. Там же. – С. 64. 9. *Орловський Б. М. Теоретичні і практичні основи кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння при захисті від суспільно небезпечного посягання : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Б. М. Орловський. – Запоріжжя, 2013. – С. 4.*

УДК 347.635

О. В. КУЛЬТЕНКО, Т. І. ПЕТРОВЦІ

ЗАХОДИ ПРОТИДІЇ НЕВИКОНАННЮ ЧИ НЕНАЛЕЖНОМУ ВИКОНАННЮ ДОГОВОРУ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

Статтю присвячено вивченню питань відповідальності за невиконання чи неналежне виконання договору сурогатного материнства в Україні. Досліджено визначення термінів які врегульовують розуміння правовідносини з сурогатного материнства. Проведено впорядкування зобов'язання та обов'язків сторін договору про сурогатне материнство. Пропонуються заходи для вирішення проблеми юридичної неурегульова-

© КУЛЬТЕНКО Олександр Володимирович – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри правознавства Кіровоградського державного педагогічного університету ім. Володимира Винниченка.

© ПЕТРОВЦІ Тетяна Іванівна – студентка Кіровоградського державного педагогічного університету ім. Володимира Винниченка