

**ПРАВОВІ ОБМЕЖЕННЯ ВИПРАВДАНОСТІ ДІЙ,
СПРЯМОВАНИХ НА ВИКОНАННЯ ОBOB'ЯЗКУ
ЩОДО ЗАХИСТУ ВІТЧИЗНИ, НЕЗАЛЕЖНОСТІ
ТА ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ УКРАЇНИ**

Ксенія Володимирівна ЮРТАЄВА,

*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального
права і кримінології ННІ №1
Харківського національного
університету внутрішніх справ
<https://orcid.org/0000-0002-6096-2020>*

Олександр Андрійович МІХЄЄНКО,

*курсант 2 курсу ННІ № 3
Харківського національного
університету внутрішніх справ*

15 березня 2022 року після початку повномасштабного вторгнення в Україну військ Російської Федерації Кримінальний кодекс України (далі – КК) було доповнено новою обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння – виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43-1 КК) [1]. Очевидною передумовою внесення зазначених змін до КК України стало забезпечення правової основи виконання громадянами України свого обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, передбаченого ст. 65 Конституції України [2]. З цією ж метою у березні 2022 р. Верховною Радою України було прийнято й низку інших законодавчих новел, однак у цій публікації обмежимося аналізом ст. 43-1 КК України.

Відповідно до ст. 43-1 КК України не є кримінальним правопорушенням діяння, вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни. Шкода при цьому може спричинитися життю або здоров'ю осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, а також будь-яким правоохоронюваним інтересам, у тому числі майну шляхом його пошкодження або знищення (ч.ч. 1, 3 ст. 43-1 КК України). Зазначена шкода може бути спричинена дією або бездіяльністю, вчиненими будь-яким способом, в тому числі із застосуванням зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових

речовин (ч. 3 ст. 43-1 КК України). Це право¹ особа може використати незалежно від можливості уникнення зіткнення, заподіяння шкоди або звернення за допомогою до інших осіб чи органів державної влади, Збройних Сил України.

Водночас у частинах 1 і 4 ст. 43-1 КК України законодавець встановлює правові обмеження виправданості дій, спрямованих на виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Перша група обмежень стосується недопустимості порушень норм міжнародного гуманітарного права, а саме:

- вчинення діянь, що містять ознаки катування, тобто умисного заподіяння особі, що здійснює збройну агресію, або іншим особам сильного фізичного болю чи морального страждання з метою примусити їх надати певну інформацію, зізнання, покарати її за певні дії, залякати тощо;

- застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, тобто будь-яких видів зброї та інших засобів, застосування яких суперечить принципам і нормам міжнародного гуманітарного права. Як зазначають І. А. Ботнарєнко та В. В. Крижна, основними критеріями заборони засобів ведення війни є: 1) невибірковість дії; 2) завдання надмірної шкоди та зайвих страждань; 3) завдання масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу [4, с. 127-128]. Для оцінки допустимості використання конкретного засобу ведення війни слід звертатися до відповідних положень міжнародного гуманітарного права. Зокрема, встановлена абсолютна заборона на використання вибухових та запальних куль, отрути й отруєної зброї, задушливих, отруйних та інших газів, біологічної зброї тощо;

- вчинення інших порушень законів та звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або правонаступником яких визнала себе Україна. Так, наприклад, згідно ст. 3 Конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (Перша Женевська конвенція) з метою забезпечення гуманного ставлення до осіб, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема, до осіб зі складу збройних сил, які склали зброю, припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини, заборонено вчиняти стосовно них наступні дії: а) насилля над життям та особистістю, зокрема всі види вбивств, завдання каліцтва, жорстоке поводження й тортури; б) захоплення заручників; в) наругу над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе ставлення; г) засудження та застосування покарання без попереднього судового

¹ Словосполучення «право на захист Вітчизни» використано в ч. 2 ст. 43-1 КК України, хоча в назві статті зазначено термін «обов'язок», що призводить до подвійного тлумачення зазначеної норми. Див., наприклад, [3].

рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії, визнані цивілізованими народами як необхідні [5].

Тому вчинення вищевказаних діянь щодо військовослужбовця збройних сил країни-агресора, який склав зброю, або щодо її медичного і духовного персоналу, які здійснюють виключно гуманітарні функції та не використовують свій статус для завдання шкоди противнику, не може бути визнано обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння, та може розглядатися як підстава кримінальної відповідальності за воєнний злочин.

Друга група правових обмежень виправданості дій, спрямованих на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України передбачена в ч. 4 ст. 43-1 КК України і стосується співрозмірності заподіяння шкоди поставленій меті. При цьому важливо звернути увагу, що три передбачені в законі умови виходу за межі використання зазначеного права є обов'язковими та, як цілком вірно зазначають М. І. Хавронюк [6] і Ю. А. Пономаренко [7, с. 17-18], мають тлумачитися в сукупності, а не альтернативно, що не завжди чітко впливає з деяких науко-практичних тлумачень цієї норми [8; 9, с. 114; 10]. Відповідно вимога щодо співрозмірності заподіяння шкоди меті захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України охоплює наступну сукупність умов:

- вчинення діяння, що явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування. Оцінці підлягають конкретний акт агресії та обстановка його відсічі та стримування порівняно з конкретною суспільно корисною метою, яку ставить перед собою особа, яка використовує своє право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. При цьому особа умисно заподіює явно більшу шкоду, ніж це було необхідно в даній обстановці, і поставлена мета відсічі та стримування збройної агресії могла бути досягнута спричиненням менш тяжких наслідків, приклад, у випадку спричинення необґрунтовано тяжкої шкоди власності або екологічній безпеці;

- вчинене діяння не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації. Як зазначає Є. В. Прейс, під час оцінки зазначеного правового обмеження доцільно враховувати як загальну (стратегічну) мету діяння особи – відсіч та стримування збройної агресії іншої держави, так і спеціальну (тактичну) мету: «досягнення спеціальної мети повинно безпосередньо сприяти відсічі та стримуванню збройної агресії іншої держави. Наприклад, такою тактичною метою може бути звільнення населеного пункту, знищення військової техніки противника, виконання іншого бойового завдання тощо» [10, с. 527]. Водночас значення та необхідність вчинення конкретних дій щодо відсічі та стримування збройної агресії має базуватися безпосередньо на оцінці конкретної ситуації її відсічі, а не факту здійснення збройної агресії загалом, і визначена особою мета має бути значною і суспільно корисною в даній обстановці. Зокрема, М. І. Хавронюк наводить наступні приклади діянь, які не можна

вважати виконанням обов'язку, спрямованого на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни: умисний удар артилерії чи мінометів по житлових будинках, серед яких стоять танки агресора, що спричинило загибель цивільного населення, підриг мосту задовго до того, як війська агресора наблизились до нього, що унеможливило проведення евакуації людей, підриг дамби чи цистерн з небезпечною речовиною тощо [6];

- вчинення діяння, що створили загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу. Загроза для життя інших людей означає загрозу спричинення смерті хоча б одній іншій людини, в контексті ст. 43-1 КК України іншій особі, яка не здійснює збройної агресії проти України. Поняття екологічної катастрофи відсутнє в чинному законодавстві. Критеріями екологічної катастрофи в науці визнають наступні тяжкі наслідки: 1) великі площі територій, на яких відбулися несприятливі зміни в навколишньому середовищі; 2) суттєві обмеження або виключення життєдіяльності людини або життя рослин чи тварин на певній території; 3) тривалість несприятливих змін у навколишньому середовищі або їх невідворотність; 4) істотні негативні зміни в екологічній системі, наприклад, зникнення окремих видів тварин або рослин, зміна кругообігу речовин або інших біологічних процесів, які мають значення для екосистеми [10, с. 993]. Поняття інших надзвичайних подій більшого масштабу є оціночним і має визначатися таким з врахуванням конкретним обставин, зокрема, спричинення наслідків, що створюють небезпеку для життєдіяльності населення, спричинення аварій, техногенні катастрофи тощо.

Резюмуючи все вищевикладене, зазначимо наступне:

- вбачається, що визначення умов співрозмірності заподіяння шкоди, передбачених ч. 4 ст. 43-1 КК України, доцільно здійснити не у спосіб констатації відсутності критеріїв реалізації права на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, оскільки підстави застосування цього права зберігаються, а як перевищення меж цього права, як це зокрема реалізовано в ч. 3 ст. 36 або ч. 2 ст. 39 КК України.

- погоджуємося з Ю. А. Пономаренком, що чинне формулювання ч. 4 ст. 43-1 КК України свідчить «про неможливість перевищення меж заподіяння шкоди при захисті України від агресії» [7, с. 19], або скоріше, що цю межу досить важко досягти і, тим більше, довести в цей факт у судовому порядку. Окрім того, як цілком справедливо зазначає вчений, факт створення серйозних загроз заподіяння шкоди, передбаченої в ч. 4 ст. 43-1 КК, може містити склад самостійного кримінального правопорушення [7, с. 18]. При цьому вважаємо, що правові критерії правомірності реалізації права на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, охоплюють не лише положення про співрозмірність заподіяння шкоди обстановці відсічі та стримування й поставленій меті, передбачене ч. 4 ст. 43-1 КК України, а також і

заборону щодо порушення норм міжнародного гуманітарного права, передбачену в ч. 1 ст. 43-1 КК України, порушення якої також вважаємо виходом за межі співрозмірності заподіяної шкоди, тим самим звужуючи діапазон дозволених діянь;

- погоджуємося з колегами, які наголошують на доцільності більш лаконічного та зрозумілого викладення ст. 43-1 КК України [7, с. 19], адже аналізоване положення в першу чергу спрямоване на усвідомлення та використання пересічним громадянином. Наразі викладення ст. 43-1 КК України є недосконалим та містить значну кількість спірних та незрозумілих конструкцій;

- вважаємо, що важливою умовою стимулювання громадян до участі у захисті Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є забезпечення поширення базових знань про міжнародне гуманітарне право серед населення.

Список використаних джерел

1. Кримінальний кодекс України 2001 р. *Верховна Рада України*: офіц. веб-сайт. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/vypravdovuvannya-zbrojnoyi-agresiyi-rf-protu-ukrayiny-kryminalna-vidprovidalnist/> (дата звернення 01.12.2024).

2. Конституція України 1996 р. *Верховна Рада України*: офіц. веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 01.12.2024).

3. Шармар О. М. Виконання обов'язку щодо захисту вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. № 1(17). С. 24-35.

4. Ботнарченко І. А., Крижна В. В. Засоби ведення війни як предмет кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 Кримінального кодексу України (порушення законів та звичаїв війни). *Нове українське право*. 2024. № 2. С. 122-131.

5. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях 1949 р. *Верховна Рада України*: офіц. веб-сайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text (дата звернення 01.12.2024).

6. Хавронюк М. Аналіз статті 43-1 ККУ та змін до ЗУ «Про оборону України» із серії науково-практичних коментарів Миколи Хавронюка про зміни до Кримінального кодексу, прийняті під час воєнного стану. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/obov-yazok-zahyshhaty-vitchyznu-i-novi-statti-kryminalnogo-kodeksu/> (дата звернення 01.12.2024).

7. Пономаренко Ю. А. Новелізація положень КК щодо обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану. *Вісник Асоціації кримінального права України*, 2022, № 1(17). С. 1-23.

8. Горох О., Тищенко О. Пам'ятка: Виконання громадянами України обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. URL: <https://law-in-war.org/pamyatka-vykonannya-gromadyanamy-ukrayiny-obovyazku-shhodo-zahystu-vitchyzny-nezalezhnosti-ta-terytorialnoyi-czilisnosti-ukrayiny/>

9. Кітов О. В. Обставини, що виключають кримінальну протиправність застосування зброї в Україні: дисертація на здобуття освітньо-наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». Львів. 2024. 214 с.

10. Прейс Є. В. Виконання обов'язку щодо захисту вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як новела українського законодавства. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 4. С. 520-532.

11. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар. Т. 2 Особлива частина / ред. Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. Харків. 2013. 1040 с.