

Кузнецов Віталій Володимирович,
провідний науковий співробітник наукової
лабораторії з проблем протидії злочинності
ННІ № 1 Національної академії внутрішніх
справ, доктор юридичних наук, професор

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ОЦІНКИ ВИКОНАННЯ ОБОВ'ЯЗКУ ЩОДО ЗАХИСТУ ВІТЧИЗНИ

Сучасна агресія Російської Федерації (РФ) проти України актуалізувала різні актуальні кримінально-правові проблеми, які законодавець у стислі терміни намагається вирішити через прийняття відповідних нормативно-правових актів. Так, Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії режиму воєнного стану» від 15.03.2022 № 2124-IX, у Розділі VIII Кримінального кодексу (КК) України була передбачена стаття 43-1 «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» з чотирма частинами.

Визначення вказаної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння передбачено в ч. 1 ст. 43-1 КК України: «не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду 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» [1]. Також вказаним нормативно-правовим актом передбачений новий вид звільнення від кримінальної відповідальності (хоча не через внесення змін в КК України, а в абз. 3 ст. 1 Закону України «Про оборону України») – «бойовий імунітет» та обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння (хоча не через внесення змін в КК України, а в ч. 3 ст. 9 Закону України «Про правовий режим воєнного стану») – «в умовах воєнного стану особа, уповноважена на виконання функцій держави або абсолютивного самоврядування, не несе відповідальність, у тому числі кримінальну, за рішення, дії чи бездіяльність, негативні наслідки яких неможливо було передбачити або які охоплюються виправданим ризиком, за умови, що такі дії (бездіяльність) були необхідні для відсічі

збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту».

Розглянувши відповідний нормативний акт, загалом позитивно оцінюємо його мету – посилення спроможності захисту Вітчизни в умовах військового вторгнення в Україну агресора. Водночас звертаємо увагу на деякі положення Закону України від 15.03.2022 № 2124-IX, які можуть ускладнити його виконання.

Принципова різниця між «бойовим імунітетом», «виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» та «вчинення діяння в умовах воєнного стану особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» полягає в наступному: перший визнає, що вчинено кримінальне правопорушення, а інші – ні. На нашу думку, це технічна помилка законодавця, оскільки всі ці обставини мають одну мету (відсіч збройної агресії проти України або ліквідація збройного конфлікту), умови реалізації (воєнний стан) та з'явилися завдяки одному нормативно-правовому акту. Вважаємо, що всі вони є обставинами, що виключають кримінальну протиправність діяння. Аналіз відповідної пояснювальної записки до законопроекту дозволяє говорити про цікаву ідею авторів щодо закріплення в Загальній частині КК України поняття «бойового імунітету» як інституту звільнення від кримінальної відповідальності» [2]. Однак, з невідомих обставин, вона не була реалізована як в законопроекті, так і в самому нормативному акті. Вважаємо ідею закріплення «бойового імунітету» в Загальній частині КК України правильною, але саме як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (наприклад, як це реалізовано в ст. 2.9.11 «Бойовий імунітет» проекту КК України [3]).

Ця кримінально-правова стаття передбачає право будь-якої особи 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 (ЗС) України (ч. 2 ст. 43-1 КК України). Однак у ч. 4 ст. 43-1 КК України згадується обов'язок щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Отже виникає питання, це право чи обов'язок? Пригадаймо ст. 65 Конституції України, яка визначає захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України обов'язком громадян України. Тобто, коли ми згадуємо громадян України, то це є обов'язок, який офіційно може бути реалізований через службу, наприклад в ЗС України, в інших військових формуваннях, правоохоронних органах, в територіальній обороні. Якщо громадянин України не перебуває на службі у відповідних підрозділах і

самостійно знищує агресора (наприклад, про це свідчить аудіоперехоплення розмови окупанта з дівчиною. Його опублікував радник міністра МВС України Антон Геращенко: «Нам тут жерти нічого. Вчора качку поцупили! Магазили бомбимо. Ми голодуємо!.. Бабуся одна пиріжки принесла – 8 осіб у цинку виїхало», - зізнався військовий РФ [4]), то це його право. Якщо іноземець чи особа без громадянства вирішила захищати Україну, то це його однозначно право, а не обов'язок. Тобто, частина 4 ст. 43-1 КК України визначає додаткові умови правомірності діянь для осіб (громадян України) для яких захист Вітчизни є обов'язком. Вказані положення свідчать про дискусійний зміст назви ст. 43-1 КК України, яка вказує тільки на обов'язок відповідних осіб щодо захисту Вітчизни. Пропонуємо виключити посилення в назві статті на обов'язок.

Також ч. 3 ст. 43-1 КК України передбачає можливість «застосування зброї (озброєння)... проти майна та осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо їх застосування відбулося відповідно до вимог законодавства. Знову виникає питання: це обов'язок чи й право?

Ми вважаємо, як обов'язок це слід розглядати, щодо громадян України та іноземців, які представляють ЗС України, інші військові формування, правоохоронні органи, територіальну оборону (ТРО). Однак для них встановлені досить жорсткі принципи застосування «особистої мисливської зброї... під час виконання завдань ТРО»: неминучості; військової необхідності; пропорційності (Про затвердження Порядку застосування членами добровольчих формувань територіальних громад особистої мисливської зброї, стрілецької зброї, інших видів озброєння та боєприпасів до них під час виконання завдань територіальної оборони : Постанова КМУ від 29.12 2021 р. № 1448 зі змінами). Такі умови не є оригінальними лише для цивільних осіб. Аналогічні правила встановлені для військовослужбовців. Вони передбачені в Порядку застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України (який затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 828). На нашу думку, зміст цих положень розрахований більше на мирний період життя (він ускладнений умовами, яких в особливий період важко дотримуватися). Наприклад, завдання мінімальної шкоди представнику країни-агресора або попередження щодо можливості застосуванням зброї.

Також встановлено невідповідність між переліком засобів самооборони (індивідуальної самооборони), який визначений Законом України «Про основи національного спротиву» від 16.07.2021

№ 1702-IX та Порядком (Постанова № 1448). Отже вказані нормативні акти не мають поширення на всіх цивільних осіб та не дають більш широкої можливості для необхідної оборони.

Тому вважаємо доцільним передбачити спрощений алгоритм захисту Вітчизни саме для цивільних осіб (які реалізують власне право), який повинен бути передбачений в ст. 43-1 КК України, а не в підзаконному акті. Цікавий варіант запропонований у ст. 2.9.3 «Захист України від збройної агресії» проекту КК України: «1. Кожна особа має право на захист України від збройної агресії усіма доступними їй засобами. 2. Підставою заподіяння шкоди є збройна агресія проти України. 3. Правомірним визнається спричинення будь-якої шкоди державі-агресору, її збройному формуванню, комбатанту або найманцю, представнику окупаційної адміністрації або іррегулярного незаконного збройного формування, створеного державою-агресором, чи особи, яка добровільно допомагає їм» [3].

З іншого боку, вважаємо корисним положення проекту КК України, який передбачив як нову обставину, що виключає протиправність діяння (стаття 2.9.15) застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї («Правомірним є вимушене спричинення шкоди при застосуванні фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї уповноваженою особою на підставі, у межах повноважень та в порядку, що передбачені законом»). Однак такий підхід не визначає нормативний акт, який регулює застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї. Сьогодні це Постанова Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 828. Отже врахування такого положення проекту КК України потребує створення або окремого Закону України щодо застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї військовослужбовцями та представниками правоохоронних органів, територіальної оборони, або внесення відповідних змін у профільні нормативні акти, що регулюють діяльність законних збройних формувань. Сьогодні, насамперед, до внесення зазначених законодавчих змін, слід простити алгоритм захисту Вітчизни для військових та інших осіб (які виконують обов'язок), який, зокрема передбачений у постановах КМУ від 29.12 2021 р. № 1448 та від 10 жовтня 2018 р. № 828.

На підставі викладеного вважаємо доцільним передбачити певні зміни до КК України та інших нормативних актів:

1) у Розділі VIII КК України передбачити правову регламентацію у бойового імунітету (ст. 43-2) та «Застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї» (ст. 43-3) як нових обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння;

2) назву статті 43-1 викласти в такій редакції: «Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України»;

3) частину першу ст. 43-1 викласти в такій редакції: «не є кримінальним правопорушенням діяльність, вчинена в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямована на відсіч та стримування агресії іншої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю, власності особи, яка здійснює таку агресію, власності країни-агресора, 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) частину четверту ст. 43-1 виключити.

5) передбачити спрощений алгоритм захисту Вітчизни для цивільних осіб (які реалізують власне право), який повинен бути передбачений в ст. 43-1 КК;

6) спростити алгоритм захисту Вітчизни для військових та інших осіб (які виконують обов'язок), який, зокрема передбачений у постановках КМУ від 29.12.2021 р. № 1448 та від 10 жовтня 2018 р. № 828.

Список використаних джерел

1. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії режиму воєнного стану: Закон України від 15.03.2022 № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#top>.

2. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії режиму воєнного стану (№ 7145 від 13.03.2022) : пояснювальна записка на проєкт Закону України вноситься народними депутатами України Іонушасом С.К., Завітневич О.М., Бакумовим О.С. та ін. / Апарат Верховної Ради України, № 37д9/1-2022/55148 від 13.03.2022. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billI%fo/Bills/pubFile/1245192>.

3. Кримінальний кодекс України : проєкт (станом на 18.05.2022) URL: <https://Newcrimi%alcode.org.ua/upload/media/2022/05/19/ko%ntrol%uj-proekt-kk-18-05-2022.pdf>.

4. Орлова В. Українська бабуся отруїла 8 окупантів пиріжками – аудіоперехоплення розмови. URL: <https://www.u%ia%ua/war/ukraji%ska-babusya-otrujila-8-okupa%tiv-pirizhkami-audioperehople%nya-rozmovi-%ovi%ei-vtorg%e%ya-rosiji-v-ukraji%u-11750983.html>.