

ВИКОНАННЯ ОBOB'ЯЗКУ ЩOДО ЗАХИСТУ ВІТЧИЗНИ, НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ УКРАЇНИ ЯК НОВЕЛА УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА

FULFILLING THE DUTY TO PROTECT THE FATHERLAND, INDEPENDENCE AND TERRITORIAL INTEGRITY OF UKRAINE AS A NOVEL OF UKRAINIAN LEGISLATION

Прейс Є.В., студент ІV курсу

Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

24 лютого 2022 року Російська Федерація розпочала повномасштабну агресію проти України. Цього дня, з пів на шосту ранку, указом Президента України № 64/2022 в нашій державі введено воєнний стан. Війна вносить свої корективи в законодавство, в тому числі і в законодавство про кримінальну відповідальність. Так, Законом України № 2124-ІХ, прийнятим 15 березня цього року, Кримінальний кодекс України було доповнено статтею 43-1 КК. Вказана стаття доповнює Розділ VIII Загальної частини КК новою обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння. Цією обставиною є виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Метою даної публікації є детальний аналіз положень ст. 43-1 КК з висвітленням проблемних питань, які виникають при тлумаченні цієї норми. Дослідження ґрунтується на методах аналізу та синтезу, порівняльному, діалектичному, формально-логічному методах.

У статті здійснено систематизацію ознак виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, виділено типи ситуацій, в яких наявна ця обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння. Розкрито проблеми та складнощі, що виникають при тлумаченні ст. 43-1 КК, а саме визначення суб'єктного складу цієї норми, розуміння понять «міжнародний збройний конфлікт», «катування», «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», «особа, що здійснює збройну агресію», «небезпечність агресії», «обстановка відсічі та стримування», «значна суспільно корисна мета», «загроза для життя інших людей», «загроза екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу», «застосування зброї». Досліджено можливість застосування цієї норми до випадків превентивної самооборони держави. Проведені паралелі між ознаками, визначеними ч. 4 ст. 43-1 КК, та принципом пропорційності в міжнародному гуманітарному праві. Здійснено критичний аналіз деяких висновків інших науковців в даній тематиці.

Ключові слова: виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, міжнародне гуманітарне право, міжнародний збройний конфлікт, агресія, воєнні злочини, застосування зброї.

On February 24, 2022, the Russian Federation launched a full-scale aggression against Ukraine. On this day, from half past six in the morning, martial law was introduced in our country by Decree of the President of Ukraine No. 64/2022. The war makes its corrections in the legislation including the legislation on criminal liability. Thus, by Law of Ukraine No. 2124-IX, adopted on March 15 of this year, the Criminal Code of Ukraine was supplemented with Article 43-1. This article supplements Section VIII of the General Part of the Criminal Code with a new circumstance excluding criminality of an act. This circumstance is fulfilling the duty to protect the Fatherland, independence and territorial integrity of Ukraine. The purpose of this publication is a detailed analysis of the provisions of Art. 43-1 of the Criminal Code of Ukraine with coverage of problematic issues that arise in the interpretation of this norm. The research is based on methods of analysis and synthesis, comparative, dialectical, formal-logical methods.

The article systematizes the elements of fulfilling the duty to protect the Fatherland, independence and territorial integrity of Ukraine, identifies the types of situations in which this circumstance excluding criminality of an act exists. The problems and difficulties arising in the interpretation of Art. 43-1 of the Criminal Code of Ukraine, namely the definition of the subject composition of this norm, the understanding of the terms of "an international armed conflict", "a torture", "the use of methods of the warfare prohibited by international instruments, or any other violations of rules of the warfare stipulated by international treaties, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine", "a person who commits armed aggression", "the danger of the aggression", "the circumstances of repulsion and deterrence", "a significant purpose valuable to the community", "a threat to the lives of other people", "a threat of environmental disaster or any other emergency of a larger scale", "the use of weapons", are revealed. The possibility of applying this norm to cases of preventive self-defense of the state is investigated. Parallels are drawn between the elements defined in Part 4 of Art. 43-1 of the Criminal Code of Ukraine, and the principle of proportionality in international humanitarian law. A critical analysis of some conclusions of other scientists in this topic is carried out.

Key words: fulfilling the duty to protect the Fatherland, independence and territorial integrity of Ukraine, the circumstances excluding criminality of an act, the international humanitarian law, an international armed conflict, an aggression, the war crimes, the use of weapons.

Вступ. аконом України (далі – ЗУ) № 2124-ІХ, прийнятим 15 березня 2022 року, Кримінальний кодекс України (далі – КК) було доповнено статтею 43-1 КК. Вказана стаття доповнює Розділ VIII Загальної частини КК новою обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння. Цією обставиною є виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (далі – виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни) [1].

Оскільки дана норма є новелою українського кримінального законодавства, судової практики щодо тлумачення положень цієї статті ще не має. Наукових досліджень присвячених даній тематиці з цієї ж причини також поки що небагато. Так, у своїх публікаціях тему виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни як нової обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, досліджували М. І. Хавронюк, Д. С. Птащенко, В. В. Куз-

нецов, М. В. Сийпюкі, Ю. А. Пономаренко, О. М. Шармар та інші. Метою даної публікації є детальний аналіз положень ст. 43-1 КК з висвітленням проблемних питань, які виникають при тлумаченні цієї норми, що не були розкриті, або не були достатньо розкриті у публікаціях зазначених авторів. Дослідження ґрунтується на методах аналізу та синтезу, порівняльному, діалектичному, формально-логічному методах.

Застереження

У статті нерідко будуть траплятися посилання на міжнародне гуманітарне право (далі – МГП). Це видається народним з наступних причин:

1. Ключові міжнародні договори МГП, серед яких Женевські конвенції 1949 року та додаткові протоколи до них, ратифіковані Україною. Як ми знаємо, відповідно до ч. 1 ст. 19 ЗУ «Про міжнародні договори України» чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість

яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства, що означає, що на них потрібно зважати не менше ніж на закони, прийняті Верховною Радою України [2]. Більше того, сама ст. 43-1 КК містить посилання на конвенційне МГП («інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»).

2. Положення ст. 43-1 КК та норми МГП покликані регулювати поведінку осіб в одних і тих же умовах. Основна мета МГП – це мінімізувати страждання людей в період збройного конфлікту. Відповідно, для застосування цих норм за загальним правилом необхідна наявність збройного конфлікту. В МГП існують також норми, що застосовуються поза контекстом збройного конфлікту, однак вони складають порівняно меншість. В умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту застосовується і ст. 43-1 КК згідно з її частиною першою. Виходячи з тексту ст. 43-1 КК виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни можливе лише за наявності акту агресії з боку іншої держави, тобто, фактично, за наявності збройного конфлікту між Україною та державою-агресором, хоча нижче в статті піднімається питання про можливість поширення цієї норми на випадки «превентивної самооборони».

3. Цілі, які стоять перед МГП та ст. 43-1 КК хоча і є різними, однак вони є дотичними. Ст. 43-1 КК має за мету «зняти відповідальність» з осіб, які виконують обов'язок щодо захисту Вітчизни, закріплений у ст. 65 Конституції України [3]. Ця норма розвиває зазначене положення Конституції, і за допомогою неї законодавець «розв'язує руки» відповідним особам, дозволяючи їм заподіювати тяжку шкоду особам, що посягають на суверенітет держави, включно із заподіянням їм смерті. Однак таке право не є безмежним, і в тексті ст. 43-1 КК законодавець також передбачає умови, за яких діяння таких осіб все ж будуть визнаватися протиправними. Однією з цих умов, до речі, і є «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». МГП, своєю чергою, й має за мету обмежити допустиму поведінку сторін збройного конфлікту. Однак для того, щоб сказати, що за певних умов поведінка особи перестає бути правомірною, потрібно спочатку ствердити, що така поведінка в цілому може бути правомірною. Саме тому МГП виходить з того, що деякі особи фактично можуть брати участь в бойових діях, і їх дії можуть визнаватися правомірними. МГП лише констатує цей факт, сприймає це, як щось дане. Так, констатацію права комбатанта на участь у бойових діях можна знайти у ч. 2 ст. 43 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 року (далі – Додатковий протокол I) [4]. Отже, для того, щоб узгодити інтерес захистити незалежність та територіальну цілісність держави та інтерес мінімізувати страждання людей в період збройного конфлікту потрібно: по-перше, «декриміналізувати» поведінку осіб, що виконують обов'язок щодо захисту Вітчизни, по-друге, передбачити умови, за яких така поведінка все ж буде визнаватися протиправною. Національне законодавство, представлене, зокрема, ст. 43-1 КК робить акцент на першому пункті, частково зачіпаючи другий, а МГП, виходячи з наявності першого пункту, робить акцент на другому. Таким чином, ст. 43-1 КК та МГП доповнюють одне одного.

4. МГП являє собою досить масивний пласт норм з власними принципами, розвиненим понятійним апаратом та багаторічною практикою тлумачення та застосування його положень. Тому врахування норм МГП є досить корисними для якісного тлумачення ст. 43-1 КК.

З огляду на зв'язок ст. 43-1 КК з МГП вихід за встановленні цією статтею межі правомірності діяння буде

означати порушення норм МГП, а серйозні порушення норм МГП є воєнними злочинами, що насамперед криміналізовані нормами міжнародного кримінального права (далі – МКП). Тому дана публікація буде побічно торкатися й цієї теми.

У зв'язку з тим, що воєнні злочини представлені в КК України далеко не в їх повному обсязі, а основна стаття національного кримінального закону, що криміналізує порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК) відсилає до конвенційного МГП, в тій частині публікації, що торкатиметься воєнних злочинів, будуть посилання безпосередньо на норми МКП, а не національного кримінального права. При цьому, варто відмітити, що ключову роль в системі джерел МКП відіграють не міжнародні договори, а звичаєве право. Втіленням норм сучасного звичаєвого права МКП є Римський статут Міжнародного кримінального суду від 1998 року (далі – Римський статут), що, зокрема, підтверджується і в Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11.07.2001 року № 3-в/2001 [5]. Тому посилання на норми МКП буде здійснюватися через посилання на норми Римського статуту, хоча цей договір і не ратифікований Україною.

Виклад основного матеріалу

Почнемо з загальної характеристики виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни. Проаналізувавши ст. 43-1 КК можна виділити два типи ситуацій, за яких буде наявна ця обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння:

1) тип ситуацій I – діяння заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, що здійснює збройну агресію (ч. 1 ст. 43-1 КК);

2) тип ситуацій II – діяння заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам (ч. 1 ст. 43-1 КК).

Зі ст. 43-1 КК можна виокремити загальні ознаки виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, які характерні для всіх вищезазначених типів ситуацій, а також спеціальні ознаки кожного з них.

Загальні ознаки виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни:

1) діяння повинно бути вчиненим в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, за умови що має місце акт агресії з боку іншої держави;

2) діяння повинно бути спрямованим на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни;

3) діяння вчинюється 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.

Спеціальні ознаки типу ситуацій I:

1) діяння заподіяло шкоду життю або здоров'ю «особи, яка здійснює збройну агресію»;

2) діяння вчинюється за відсутності явної невідповідності небезпечності агресії або обставинці відсічі та стримування.

Спеціальні ознаки типу ситуацій II:

1) діяння заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам;

2) діяння вчинюється за відсутності загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу, а якщо така загроза виникає, тоді діяння повинно бути необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації.

Систематизувавши ознаки виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, надалі зосередимо увагу на проблемних

та сумнівних моментах, які виникають при тлумаченні ст. 43-1 КК.

I. Систематизація ознак

Спершу необхідно пояснити, чому розподіл ознак виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни вище здійснено саме таким чином, адже в деяких моментах він є неочевидним.

Актуальність ознак, названих вище «загальними» для обох типів ситуацій зрозуміла, оскільки це прямо випливає з тексту ч. 1 ст. 43-1 КК. Однак з ознаками, закріпленими у ч. 4 ст. 43-1 КК, ситуація складніша. При буквальному тлумаченні вони обидві можуть бути застосовані в обох типах ситуацій виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни. Однак, насправді, ці ознаки є альтернативними, і кожна з них кореспондує одному з типів ситуацій виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни. Це впливає з наступного.

І позитивні ознаки, перелічені в ч. 1 ст. 43-1 КК, що визначають наслідки діяння, і негативні ознаки, що містяться в ч. 4 ст. 43-1 КК, які позначають умови, за яких діяння не є виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, всі вони не є повністю оригінальними для цієї статті. Ці ознаки є «запозиченими» з інших статей Розділу VIII Загальної частини КК, а саме зі ст.ст. 36 та 42 КК. Так, ознака «заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює збройну агресію» схожа на ознаку «заподіяння тому, хто посягає, шкоди» з ч. 1 ст. 36 КК. В обох випадках мова йде про заподіяння шкоди особі, яка або сама вчинює протиправне посягання, як у випадку зі ст. 36 КК, або бере участь у протиправних діях своєї держави, як це є у ст. 43-1 КК. Ознака «явно не відповідає небезпечності агресії або обставинці відсічі та стримування» однозначно «скопійована» з ознаки «явно не відповідає небезпечності посягання або обставинці захисту», тільки в ст. 43-1 КК замість слова «посягання» законодавець використовує слово «агресія», а «обстановку захисту» змінює на «обстановку відсічі та стримування». Ознака «заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам» характерна для більшості норм Розділу VIII Загальної частини КК. Однак, в ч. 4 ст. 43-1 КК наявна ознака «не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу». Передбачення недопустимості створення такої небезпеки, а також необхідності досягнення певної суспільно корисної мети, характерні для ст. 42 КК. На підставі цього можна стверджувати, що коли у ч. 1 ст. 43-1 КК законодавець говорив про заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, він мав на увазі заподіяння такої шкоди саме для досягнення значної суспільно корисної мети, тобто ця ознака «запозичена» саме зі ст. 42 КК.

Таким чином, ст. 43-1 КК фактично є поєднанням «фрагментів» ст.ст. 36 та 42 КК з новими специфічними ознаками. Ознаки, передбачені ч. 4 ст. 43-1 КК відповідають ознакам з ч. 1 ст. 43-1 КК, які передбачають наслідки діяння. Тому оцінювати діяння на відповідність небезпечності агресії або обставинці відсічі та стримування доречно за наявності типу ситуації I, а визначати наявність загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу, а також необхідність діяння для досягнення суспільно корисної мети, буде актуальним для типу ситуації II.

В результаті цих роздумів ми й приходимо до тієї систематизації ознак виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, яка була представлена на початку.

II. Суб'єктний склад

Наявність ч. 2 ст. 43-1 КК, в якій йдеться про право кожної особи на захист Вітчизни, вносить складності у визначенні суб'єктного складу ст. 43-1 КК. Так,

Ю. А. Пономаренко, спираючись на це положення, стверджує, що суб'єктом за ст. 43-1 КК може бути виключно цивільна особа [6, ст. 3-6]. Для того, щоб спростувати таку думку, достатньо звернутися до Пояснювальної записки до проекту Закону України від 15.03.2022 року № 2124-ІХ, яким КК було доповнено ст. 43-1 [7]. В ній, окрім як про цивільних осіб, йде мова також й про необхідність правового захисту військового командування, військовослужбовців, добровольців Сил територіальної оборони Збройних Сил України, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України. До того ж і сама стаття дає зрозуміти, що вона релевантна не тільки для цивільних осіб. Наприклад, малоймовірно, що діяння пересічної людини може створити загрозу екологічної катастрофи, про яку згадує ч. 4 ст. 43-1 КК.

В. В. Кузнецов, М. В. Сийплові в своїй публікації у зв'язку зі згадкою у ст. 43-1 КК як обов'язку захисту Вітчизни, так і права на захист Вітчизни виділяють дві категорії суб'єктів, на яких поширюється дія цієї статті [8, ст. 321-322]. Перша – це громадяни України, які входять до складу її збройних формувань, для яких захист Вітчизни є обов'язком, а друга – це цивільні особи, в тому числі іноземці та особи без громадянства, для яких захист незалежності та територіальної цілісності України є правом. На підставі цього розрізнення співавтори стверджують, що на другу категорію суб'єктів ч. 4 ст. 43-1 КК не поширюється, оскільки в ній згадується саме обов'язок захисту Вітчизни. При цьому, видається сумнівним, що сам законодавець мав на увазі таке розрізнення. Поняття «обов'язок захисту Вітчизни» міститься в самій назві статті. Це свідчить про те, що «виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни» є загальною назвою цієї обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. Саме тому в ч. 4 ст. 43-1 КК, яка визначає умови, за яких в діянні особи відсутня ця обставина, використовує поняття «обов'язок захисту Вітчизни». Відповідно, будь-яке діяння, що має всі позитивні ознаки цієї обставини, перелічені в ч. 1 ст. 43-1 КК, буде називатися саме виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежно від того, чи було це для особи дійсно обов'язком, чи її правом. Таким чином, немає підстав для виокремлення зазначених категорій та для не поширення ч. 4 ст. 43-1 КК на діяння цивільних осіб.

Отже, суб'єктами виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни можуть бути як військові, так і цивільні особи.

III. Поняття збройного конфлікту

До загальних ознак виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни входить обстановка вчинення діяння – діяння повинно бути вчиненим в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Якщо з розумінням воєнного стану проблем не виникає, то на понятті «збройний конфлікт» варто зупинитися. Почнемо з законодавчого визначення. П. 7 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про національну безпеку України» визначає поняття збройний конфлікт як збройне зіткнення між державами (міжнародний збройний конфлікт, збройний конфлікт на державному кордоні) або між ворогуючими сторонами в межах території однієї держави, як правило, за підтримки ззовні (внутрішній збройний конфлікт) [9]. У цьому визначенні законодавець виділяє два види збройного конфлікту: міжнародний збройний конфлікт (або збройний конфлікт на державному кордоні) та внутрішній збройний конфлікт. З огляду на те, що далі в тексті ч. 1 ст. 43-1 КК йдеться про відсіч та стримування збройної агресії іншої країни, можна зробити висновок, що під збройним конфліктом у цій статті розуміється тільки міжнародний збройний конфлікт.

Якщо ж говорити про розуміння самого поняття «міжнародний збройний конфлікт», то варто звернути увагу на те, що у визначенні наведеному вище це поняття окреслене в загальних рисах. Більш детально воно розтлумачене

в МГП, а саме у ст. 2 Женевських конвенцій про захист жертв війни від 1949 року, яка є спільною для них усіх [10]. Ця норма включає в поняття «міжнародний збройний конфлікт» наступні ситуації: оголошена війна, будь-який інший збройний конфлікт, що може виникнути між двома чи більше державами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни, всі випадки часткової або повної окупації території держави, навіть якщо ця окупація не зустрічає жодного збройного опору. Також, якщо брати до уваги положення Додаткового протоколу I, то ч. 4 ст. 1 цього протоколу прирівнює до міжнародного збройного конфлікту збройні конфлікти, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення. Якщо проаналізувати практику Міжнародного комітету Червоного Хреста (далі – МКЧХ) щодо тлумачення норм МГП, то можна сформулювати таке узагальнене визначення міжнародного збройного конфлікту: навіть мінімальне застосування однією державою збройної сили проти іншої держави чи навіть проти окремих її громадян, якщо мав місце воєнний намір [11].

Порівнюючи національне та міжнародне визначення міжнародного збройного конфлікту, можна помітити, що ті ситуації, про які йде мова в Додатковому протоколі I, за національним законодавством України не будуть визнаватися міжнародним збройним конфліктом, оскільки вони не являють собою зіткнення між державами. Однак для тлумачення ст. 43-1 КК ця розбіжність принципового значення не має.

IV. Превентивна самооборона

Загальною ознакою виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни є й те, що діяння повинно бути спрямованим на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни. З цього формулювання випливає, що для того, щоб діяння підпадало під дію ст. 43-1 КК, акт агресії повинен реально мати місце, оскільки не можна давати відсіч чомусь, або стримувати щось, якщо це «щось» ще не відбулося. Враховуючи те, що воєнний стан, відповідно до визначення цього поняття, яке закріплене у ст. 1 ЗУ «Про правовий режим воєнного стану» [12], може вводитись не тільки у разі збройної агресії, але й загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, діяння, що хоча і вчинено в умовах воєнного стану, але спрямоване на попередження (запобігання) збройній агресії, не може бути визнаним виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни.

Необхідність наявності акту агресії, насправді, можна вважати прогалиною ст. 43-1 КК. У міжнародному праві діє загальна заборона застосування сили. Однак з цього правила є два винятки. Одним з них є право держави на індивідуальну та колективну самооборону, що зафіксовано у ст. 51 Статуту ООН [13]. Така самооборона може мати і превентивний характер [14, ст. 1633-1635]. Однак з погляду ст. 43-1 КК дії, наприклад, військовослужбовця, що виконує бойове завдання в рамках превентивної самооборони України для запобігання вчиненню іншою державою акту агресії, начебто мають визнаватися протиправними, адже акт агресії з боку іншої держави ще не відбувся. Проте такий висновок навряд чи відповідає як наведеним вище положенням міжнародного права, так і нормам конституційного права України. З огляду на це є підстави для поширювального тлумачення цього положення ст. 43-1 КК: діяння може бути спрямованим не тільки на відсіч та стримування акту агресії, але й на його попередження.

V. Визначення «катування» та сумнівна необхідність окремої вказівки на нього у ч. 1 ст. 43-1 КК

Однією із загальних ознак виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни є відсутність у діянні особи ознак катування. Спочатку необхідно визначитися з розумінням цього поняття. Термін «катування» особливий в тому

плані, що, якщо проаналізувати міжнародне та українське національне право, можна виділити чотири різні визначення катування:

- катування в розумінні національного права України (звичне для нас розуміння за ст. 127 КК);
- катування в розумінні Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 1984 року (для цього визначення характерний спеціальний суб'єкт, а саме державна посадова особа чи інші особи, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди) [15];
- катування як злочин проти людяності (згідно з статтею 7(2)(е) Римського статуту [16], відрізняється тим, що таке катування вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, а також відсутністю характерної для інших визначень катування спеціальної мети та наявністю спеціального потерпілого – особи, яка перебуває під вартою або під контролем обвинуваченого);
- катування як воєнний злочин (згідно з статтею 8(2)(а)(ii) Римського статуту та Елементами злочинів Міжнародного кримінального суду [17, ст. 10], характеризується тим, що воно вчиняється в контексті збройного конфлікту, а також наявністю спеціального потерпілого – особи, що знаходиться під захистом Женевських конвенцій 1949 року, до яких відносять поранених та хворих, постраждалих в корабельних аваріях, військовополонених та цивільне населення).

Найбільш доречно в контексті ст. 43-1 КК сприймати катування в тому значенні, яке міститься в ст. 127 КК, оскільки воно є ширшим за своїм змістом порівняно з визначенням у Конвенції 1984 року. Тлумачити катування в цій статті в сенсі злочину проти людяності особливого сенсу немає, адже, навіть якщо Україна вчинятиме широкомасштабні чи систематичні напади на цивільне населення ворожої держави, вкрай важко буде сказати, що такі діяння будуть спрямовані на відсіч та стримування збройної агресії іншої країни, і за відсутності цієї ознаки такі діяння вже не можуть визнаватися виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни. В тому, щоб використувувати в ст. 43-1 КК визначення катування як воєнного злочину сенсу ще менше, адже далі в тексті статті мова йде про застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, тобто, простіше кажучи, про порушення МГП, а серйозні порушення МГП є воєнними злочинами. Таким чином формулювання «відсутність ознак 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» охоплює собою в тому числі і вимогу відсутності катування як воєнного злочину.

Наступне, на що потрібно звернути увагу щодо цієї ознаки – це виокремлення вимоги відсутності ознак катування. Як вже сказано вище, відсутність порушень законів та звичаїв війни охоплює собою відсутність катування як воєнного злочину. Для катування як воєнного злочину характерне те, що воно може бути вчиненим лише у контексті збройного конфлікту та лише по відношенню до осіб, які знаходяться під захистом Женевських конвенцій 1949 року. З огляду на це, хоча ми і визначаємо катування в ст. 43-1 КК з посиланням на ст. 127 КК, однак, необхідність такого виокремлення вимоги відсутності катування є сумнівною.

По-перше, важко уявити собі ситуацію, коли під час війни застосовувалось би катування по відношенню до особи, яка не перебувала б під захистом Женевських конвенцій. Прикладом такої виняткової ситуації може слугувати вчинення катування по відношенню до особи, що перебуває на стороні України у міжнародному збройному

конфлікті. Ця ситуація є винятковою, оскільки за загальним правилом МГП взагалі не регулює відносини між стороною конфлікту та особами, що належать до неї. Так, відповідно до ст. 4 Конвенції про захист цивільного населення під час війни цивільним населенням в розумінні цієї конвенції є ті, хто в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є [10]. З того, що на таке діяння не поширюється дія МГП, випливає, що таке діяння не може вважатися воєнним злочином.

Однак, останнім часом можна знайти підтримку протилежної точки зору. В липні 2019 року Міжнародний кримінальний суд виніс вирок у справі «Прокурор проти Боско Нтаганди» [18]. Нтаганда, зокрема, обвинувачувався як опосередкований співвиконавець в звалтуванні як воєнному злочині та в сексуальному рабстві як воєнному злочині, вчинених щодо неповнолітніх дівчат, яких війська, до яких належав Нтаганда, вербували до свого складу. Оскільки вони фактично перебували в складі тих збройних сил, що й виконавці злочинів, в цій ситуації й виконавці, й потерпілі належали до однієї сторони збройного конфлікту. Під час розгляду справи сторона захисту підняла питання про те, чи належать вказані діяння до юрисдикції суду, тобто чи є вони взагалі воєнними злочинами. Палата судового розгляду у «Другому рішенні щодо виклику стороною захисту юрисдикції суду щодо пунктів 6 та 9» від 4 січня 2017 року [19] будувала свою аргументацію, зокрема, на наступному. Суд спирався на ст. 75 Додаткового протоколу I, яка містить основні гарантії для осіб, які перебувають під владою сторони, що бере участь у конфлікті. Частина 1 цієї статті стверджує, що з особами, які перебувають під владою сторони, що бере участь у конфлікті, (в оригіналі “a Party to the conflict”, тобто норма вказує на будь-яку зі сторін конфлікту, не тільки на “the opposing party”) і не користуються сприятливим ставленням згідно з Женевськими конвенціями або згідно з цим протоколом, за всіх обставин поводяться гуманно, і вони, як мінімум, користуються захистом, передбаченим у цій статті. Також частина 2 статті 75 надає перелік дій, які «заборонені й будуть залишатися забороненими в будь-який час і в будь-якому місці». В цьому переліку є й «непристойне посягання в будь-якій його формі». Більше того, суд посилається на Коментар до Першої Женевської конвенції 1949 року, виданий МКЧХ у 2016 році [20]. У ньому МКЧХ при тлумаченні статті 3, спільної для всіх Женевських конвенцій 1949 року, порушує питання про застосування статті 3 до всіх цивільних осіб та до власних збройних сил сторони. У параграфах 545-547 даного коментаря, МКЧХ стверджує наступне: «Формулювання спільної статті 3 вказує на те, що вона застосовується до всіх осіб, які не беруть активної участі у воєнних діях «без будь-якого несприятливого розрізнення». Вона не містить жодних обмежень, які вимагають від особи, яка не бере активної участі у воєнних діях, перебувати у владі ворога, щоб бути захищеною відповідно до цієї статті... Це цілком логічно, що цивільні особи повинні користуватися захистом спільної статті 3, незалежно від того, під чією владою вони перебувають... Інше питання полягає в тому, чи можуть отримати збройні сили сторони, що перебуває в конфлікті, вигоду від застосування спільної статті 3 їх власною стороною. Приклади можуть включати членів збройних сил, яких судить за можливі злочини... їх власна сторона, а також членів збройних сил, які зазнали сексуального чи іншого насильства з боку їх власної сторони. Той факт що судовий процес ведеться або насильство вчиняється їх власною стороною, не повинен бути підставою для позбавлення таких осіб захисту за спільною статтею 3, яка була визнана «мінімальною мірою» у всіх збройних конфліктах і відображенням «елементарних міркувань гуманності». Стаття 3, зокрема, забороняє будь-яке

насильство над особистістю. У підсумку, суд дійшов висновку, що члени одних і тих же збройних сил як такі не є виключенням зі списку потенційних жертв звалтування та сексуального рабства як воєнних злочинів. Виходячи з матеріалів цієї справи та коментаря МКЧХ можна зробити висновок, що в сучасному МГП існує позиція, що воно передбачає список мінімальних гарантій для будь-якої людини в умовах будь-якого збройного конфлікту, порушення яких може бути визнане воєнним злочином. Отже, спираючись на статтю 3, спільну для всіх Женевських конвенцій, та статтю 75 Додаткового протоколу I, які, з-поміж іншого, забороняють і катування (тортури), використовуючи наведену аргументацію, можна обґрунтувати тезу про те, що катування вчинене щодо представників «своєї» сторони збройного конфлікту, є воєнним злочином.

По-друге, як вже було сказано вище, з буквального тлумачення ст. 43-1 КК випливає, що для того, щоб діяння особи підпадало під дію цієї статті, необхідна наявність акту агресії з боку іншої держави. Зважаючи на таке буквальне тлумачення положень ст. 43-1 КК, а також на наведене вище визначення міжнародного збройного конфлікту, яке пропонує МКЧХ, можна сказати, що для застосування ст. 43-1 КК необхідна наявність міжнародного збройного конфлікту. Однак, як вже було сказано, є підстави визнавати виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни діяння, яке спрямоване на попередження акту агресії іншої держави, а воєнний стан може бути введений і тоді, коли є лише загроза нападу на нашу державу. Отже, катування, вчинене в умовах воєнного стану, спрямоване на попередження агресії з боку іншої країни, не може визнаватися воєнним злочином, адже ніякого збройного конфлікту ще немає. Для прикладу, Україна очікує нападу від однієї з сусідніх держав, в нашій країні введено воєнний стан, в цей час працівникам правоохоронних органів вдалося затримати ворожого шпигуна, і до нього застосовують катування з метою отримати інформацію, яка допоможе Україні запобігти акту агресії з боку сусідньої держави. В такій ситуації виокремлення в ч. 1 ст. 43-1 КК вимоги відсутності катування, дійсно, буде актуальним. Однак, варто підкреслити, що описана вище ситуація прямо зі ст. 43-1 КК не випливає, і можлива лише при поширювальному тлумаченні її положень.

VI. Порушення законів та звичаїв війни

У ч. 1 ст. 43-1 КК міститься вимога відсутності ознак «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». Іншими словами, мова йде про відсутність ознак порушень конвенційних норм МГП, наприклад норм Женевських конвенцій 1949 року, Гаазьких конвенцій 1899 та 1907 років тощо. Приклади таких порушень, що стосуються саме міжнародного збройного конфлікту, можна знайти у статтях 8(2)(a) та 8(2)(b) Римського статуту. В цих положеннях перелічені серйозні порушення МГП, які визнаються воєнними злочинами. Відповідно до наведених вище статей воєнними злочинами є, для прикладу, умисне спрямування нападів на цивільне населення; вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався; заява про те, що пощади не буде тощо. Однак, варто наголосити на тому, що у ст. 43-1 КК йде мова про вимогу відсутності будь-яких порушень норм міжнародного гуманітарного права, а не тільки серйозних порушень. Таким чином, перелік діянь, які не будуть визнаватися виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни відповідно до цієї ознаки, формально є значно ширшим, ніж перелік, що наведений у статтях 8(2)(a) та 8(2)(b) Римського статуту.

Формулювання «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» можна тлумачити по-різному:

1. Широке розуміння – застосування засобів ведення війни, заборонених як конвенційними так і звичайними нормами міжнародного права. Оскільки в цьому формулюванні має місце посилання на міжнародне право загалом, яке, своєю чергою, не вичерпується міжнародними договорами, можна стверджувати, що не буде визнаватися виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни застосування засобів ведення війни, що заборонені звичайними нормами міжнародного гуманітарного права, незалежно від того, чи «продубльовані» ці звичайні норми у міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

2. Вузьке розуміння – застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Оскільки далі, коли законодавець в тексті ст. 43-1 КК згадує порушення законів та звичаїв війни, він використовує слово «інші», ми можемо це розуміти так, що поняття «порушення законів та звичаїв війни» є родовим по відношенню до видового поняття «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом». Таким чином, ознаку, передбачену законодавцем для родового поняття, а саме закріплення цих законів та звичаїв війни у міжнародних договорах, чинних для України, потрібно поширювати і на видове поняття.

Зважаючи на законодавче формулювання, ст. 43-1 КК більш обґрунтованим видається останній варіант. Застосовуючи широкий варіант тлумачення, можна зіштовхнутися з проблемою відповідності цієї норми принципу правової визначеності.

Отже, в контексті ст. 43-1 КК, при визначенні того, чи є в діянні конкретної особи порушення норм міжнародного гуманітарного права, варто спиратися, передусім, на положення міжнародних договорів в сфері міжнародного гуманітарного права, чинних для України.

VII. Особа, яка здійснює збройну агресію

Як в ч. 1, так і в ч. 3 ст. 43-1 КК згадуються особи, що здійснюють збройну агресію проти України. До них, як видається, варто відносити: осіб, які служать у збройних формуваннях держави-агресора; осіб, які є членами приватних військових організацій, які формально не підпорядковуються збройним формуванням держави-агресора, але співпрацюють з ними; посадових осіб незаконних правоохоронних органів, учасників незаконних збройних, воєнізованих формувань, озброєних банд, створених на тимчасово окупованій території, в тому числі таких, що визначають себе як збройні сили «квазі-держав».

Проблема цього поняття полягає в наступному: кого слід розуміти під «особою, що здійснює збройну агресію», якщо акт агресії вчиняється взагалі не особою, а державою. З цієї причини термін «особа, що здійснює збройну агресію» виглядає «порожнім», однак для тлумачення ст. 43-1 КК нам необхідно надати цьому поняттю правового сенсу. Очевидно, що під такими особами варто розуміти «представників» держави-агресора. Однак, таке визначення видається занадто широким, так як під нього підпадають, наприклад, посадові особи окупаційної адміністрації держави агресора та й загалом посадові особи будь-якого незаконного органу влади на окупованій такою державою території. Якщо ми звернемося до загального розуміння агресії за міжнародним правом, то ми помітимо, що агресія полягає у застосуванні збройної сили. У ст. 43-1 КК також використовується прикметник «збройний» для опису агресії. Відповідно поняття цих «представників» держави-агресора варто зв'язати до поняття «представників» «збройних формувань» держави-агресора. Іншими словами це власне регулярна армія цієї країни, а також всі її законні збройні формування. До «збройних формувань» варто зарахувати й незаконні правоохоронні органи, створені на окупованій території, оскільки однією з форм акту агресії є військова окупація,

і, хоча держава окупує території іншої держави за допомогою регулярної армії, однак підтримка порядку і режиму окупації може здійснюватися, в тому числі, і за допомогою незаконних правоохоронних органів. До «збройних формувань» держави агресора, з огляду на сьогоденні реалії, варто прирівнювати і ті незаконні збройні формування, що формально називають себе арміями «псевдо-держав», створених на окупованій території державою-агресором, а також осіб, які є членами приватних військових організацій, які формально не підпорядковуються збройним формуванням держави-агресора, але співпрацюють з ними. Таким чином, ми приходимо до того тлумачення поняття «особа, що здійснює збройну агресію», наведеного вище.

У своїх дослідженнях М. І. Хавронюк, В. В. Кузнецов, М. В. Сийпюкі прийшли до тотожного висновку. А Ю. А. Пономаренко в своїй публікації розширив даний перелік [6, ст. 11–12]. Так, він зазначає що до кола «осіб, що здійснюють збройну агресію» слід також відносити військовослужбовців збройних сил держави-агресора чи службовців підпорядкованих державі-агресору військових чи воєнізованих формувань, незалежно від того, чи беруть вони безпосередню участь в агресії проти України, чи ні, а також персонал окупаційних адміністрацій чи інших подібних квазіорганів «влади», створених чи керованих іноземною державою на тимчасово окупованих територіях України. Як було сказано вище термін «особа, що здійснює збройну агресію» є «порожнім», у зв'язку з чим важко чітко визначити його зміст. Однак, подібне тлумачення цього поняття видається занадто широким.

По-перше, не зовсім зрозуміло, що автор мав на увазі, коли говорив «незалежно від того, чи беруть вони безпосередню участь в агресії проти України, чи ні», і до того ж він допускає нанесення шкоди такій особі в будь-якій точці світу. Подібне тлумачення може мати наслідком те, що з посиланням на ст. 43-1 КК дії громадянина України будуть визнаватися правомірними, наприклад, в такій ситуації: громадянин України наніс тілесні ушкодження військовослужбовцю держави-агресора на території третьої країни, при чому, цей військовослужбовець був «не при виконанні», тобто перебував на території третьої країни як цивільна особа. Однак визнання такого вчинку нашого громадянина правомірним є абсурдним. З точки зору ст. 43-1 КК, в якій є вказівка на обставини вчинення діяння – «вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту», доречно говорити, що ця норма буде діяти, тільки, якщо діяння було вчинене на території Землі, де безпосередньо має місце збройний конфлікт між Україною та державою-агресором. З точки зору МГП, не має ніяких підстав визнавати таку поведінку правомірною. Норми МГП діють в контексті збройного конфлікту, тобто вони поширюються на територію тих держав, де цей конфлікт відбувається. Тому одна окрема сутічка між поодинокими представниками сторін конфлікту, які ще й виступають як цивільні особи, на території держави, де цього конфлікту немає, взагалі не регулюється нормами МГП. Тому немає абсолютно ніяких підстав визнавати такого військовослужбовця комбатантом і, відповідно, законною ціллю.

По-друге, щодо персоналу окупаційних адміністрацій. Якщо ці особи не належать до складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, то відповідно до ст. 43 Додаткового протоколу I, вони не є комбатантами, тобто законною військовою ціллю. З цієї причини згідно з ст. 50(1) Додаткового протоколу I їх слід визнавати цивільними особами. Умисне заподіяння шкоди життю чи здоров'ю таких осіб з точки зору МГП є прямим нападом на цивільних осіб, що є воєнними злочином.

VIII. Небезпечність агресії та обстановка відсічі та стримування

Спеціальною ознакою типу ситуацій I є відсутність явної невідповідності діяння небезпечності агресії чи

обстановці відсічі та стримування. Проблемним при тлумаченні цієї ознаки є формулювання «небезпечність агресії». Якщо у ст. 36 КК при використанні формулювання «небезпечність посягання» ми маємо змогу оцінити небезпечність дій власне тих осіб, яким заподіюється шкода, адже суспільно небезпечних посягань у КК досить багато, і ступінь їх небезпеки може суттєво відрізнятись, то формулювання «небезпечність агресії» не дає чітко зрозуміти небезпечність дій кого або чого слід оцінювати, і кому або чому повинна бути нанесена шкода цими діями. Спершу слід з'ясувати, для чого саме повинна становити небезпеку збройна агресія. Для цього звертаємося до назви ст. 43-1 КК і робимо висновок, що йдеться про небезпеку Вітчизні, незалежності та територіальної цілісності України. Зазначу, що необхідність окремої вказівки на захист незалежності та територіальної цілісності України є сумнівною, оскільки поняття «захист Вітчизни» за своїм змістом є досить широким і ним можна цілком охопити, в тому числі, і захист незалежності України, і захист її конституційного ладу, і її населення.

Щодо оцінки небезпечності дій кого або чого необхідно оцінювати, то як вже було сказано акт агресії вчиняється не особою, а державою. Тож виникає питання – при оцінці небезпечності агресії ми маємо оцінювати небезпечність акту агресії держави в цілому чи тієї діяльності, яку провадила окрема «особа, що здійснювала збройну агресію»? Якщо обрати перший варіант, то, якщо подивитися на прояви акту агресії, перелічені у ст. 3 Визначення агресії, затвердженого резолюцією 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 року [21], то видається, що їх розмежування за критерієм небезпечності є вкрай сумнівним, оскільки ми маємо справу не з різними діяннями, які мають різну об'єктивну сторону, об'єкт, санкції тощо, а з різними формами одного і того ж самого діяння. Це те ж саме, що порівнювати небезпечність різних форм кваліфікованого умисного вбивства, передбачених ч. 2 ст. 115 КК. Іншими словами, якщо і вдасться виділити кілька більш небезпечних форм акту агресії і кілька менш небезпечних, таке розмежування буде дуже умовним. Таким чином, під небезпечністю агресії слід розуміти небезпечність для Вітчизни діяльності конкретної «особи, що здійснює збройну агресію». Для прикладу, можна сказати, що артилерист є більш небезпечним порівняно з рядовим солдатом, оснащеним стрілецькою зброєю, оскільки перший може завдати більшої шкоди. Якщо шкода заподіяна особі, яка використовує бойову техніку, то під «небезпечністю агресії» можна розуміти й небезпечність власне цієї техніки.

Якщо ж говорити про обстановку відсічі та стримування, то, під цією ознакою, перш за все, варто розуміти знаходження поряд з «особами, що здійснюють збройну агресію проти України» чи їх військовою технікою, які є законними військовими цілями, цивільних осіб чи цивільних об'єктів.

Оскільки ознака «явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування», як ми пам'ятаємо, це аналог ознаки «явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту» зі ст. 36 КК, то для розуміння поняття «обстановка відсічі та стримування» можна було б застосувати за аналогією ті обставини, які потрібно враховувати при визначенні наявності чи відсутності в діях особи перевищення меж необхідної оборони, що наводились Пленумом Верховного Суду України в п. 5 його постанови від 26.04.2002 року № 1 [22]. Принаймні, таку думку висловили В. В. Кузнецов та М. В. Сийпюк в своїй публікації [8, ст. 323]. Однак, для тлумачення поняття «обстановка відсічі та стримування» обставини, наведені Пленумом навряд чи підходять. У ст. 36 КК законодавець, увівши поняття «перевищення меж необхідної оборони», стає на захист особи, якій заподіяна шкода. Тому логічно при тлумаченні

ч. 3 ст. 36 КК звертати увагу на ті обставини, які можуть вплинути на реальне співвідношення сил, щоб визначити чи була шкода, заподіяна нападнику, пропорційна власне самому нападу. Але ст. 43-1 КК все ж описує іншу ситуацію. Ознаки наведені в ч. 4 ст. 43-1 КК навряд чи покликані захищати інтереси «осіб, що здійснюють збройну агресію», оскільки відповідно до МПП вони є законною ціллю і їх легально можна позбавити життя, якщо при цьому, звісно, не застосовується зброя, заборонена МПП. Тому доречніше буде розуміти ч. 4 ст. 43-1 КК як таку, що обмежує дії щодо відсічі та стримуванню агресії з метою захисту цивільних осіб та цивільних об'єктів (детальніше про призначення ч. 4 ст. 43-1 КК буде сказано нижче). Виходячи з такого розуміння ч. 4 ст. 43-1 КК ми й тлумачимо поняття «обстановка відсічі та стримування» саме так, як сказано вище.

IX. Правоохоронюваний інтерес

Спеціальною ознакою типу ситуації II є заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам. В контексті цієї ознаки проблемним є наступне питання: чи можна під заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам розуміти, в тому числі, заподіяння шкоди майну, яке належить чи використовується «особою, що здійснює збройну агресію», включаючи бойову техніку держави-агресора. Сама постановка такого питання може видаватися абсурдною. Якщо так, то яким правом охороняється такий інтерес? Міжнародним, українським, правом держави-агресора? До того ж виключення такого інтересу з категорії «правоохоронюваний інтерес» не означатиме, що заподіяння шкоди такому майну зовсім вибуває зі сфери регулювання ст. 43-1 КК, з огляду на частину 3 цієї статті, в якій згадується пошкодження чи знищення майна без конкретизації того, у чий власності воно перебуває.

Беручи до уваги вищесказане, видається, що ніякої проблеми в цій частині немає. Однак, насправді, проблема існує, і полягає вона в наступному. Спершу звернемося до одних із засадничих положень кримінального права, а саме до його ролі в правовій системі держави та до поняття «обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння». Кримінальне право та, відповідно, Кримінальний кодекс України, як основне його джерело, згідно зі ч. 1 ст. 1 цього Кодексу в першу чергу існують для забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від кримінально-протиправних посягань. Іншими словами, існують певні соціальні цінності, які охороняються кримінальним правом і які виконують роль об'єкта в складі кримінального правопорушення. Коли ж особа посягає на ці цінності, за наявності інших складових, має місце кримінальне правопорушення. Однак, кримінальне право також передбачає певні обставини, які не дозволяють визнати діяння особи кримінальним правопорушенням незважаючи на те, що її поведінка відповідає юридичному складу кримінального правопорушення (далі – ЮСКП). Ці обставини й є обставинами, що виключають кримінальну протиправність діяння. В тих випадках, коли в діянні особи наявна обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, саме вона виступає перешкодою для того, щоб визнати це діяння протиправним, в цьому їх призначення. Наведемо наступний гіперболізований приклад. Уявімо, що правова система України взагалі не передбачає таку конструкцію як «необхідна оборона», чи будь-яку іншу подібну їй, чи права на самозахист. У такому випадку в ситуації, яку б ми назвали необхідною обороною, дії особи, що захищається і при цьому завдала нападнику тяжких тілесних ушкоджень, були б протиправними, адже вона зашкодила здоров'ю нападника, яке охороняється кримінальним правом, і нічого не заважає визнати її поведінку кримінально-протиправною, оскільки в цьому уявному сценарії необхідної оборони не існує.

Тепер повернемося до майна, яке належить чи використовується «особою, що здійснює збройну агресію». Якщо ми не будемо включати такий інтерес до поняття «правоохоронюваний інтерес», пояснюючи це тим, що таке майно в умовах збройного конфлікту не може охоронятися правом взагалі, то посягання на таке майно не може становити правопорушення з огляду на сам зміст поняття «правопорушення». Якщо ми стверджуємо, що, для прикладу, бойова техніка держави-агресора не охороняється правом України, то вона не охороняється й кримінальним правом України. А якщо так, тоді як посягання на об'єкт, який не охороняється кримінальним правом, може становити кримінальне правопорушення за цим же самим правом? Так ми й приходимо до висновку, що посягання на таке майно не може становити кримінального правопорушення не залежно від наявності чи відсутності ст. 43-1 КК тому, що таке діяння а рїогї не може підпадати під будь-який ЮСКП, передбачений КК, адже в такому випадку відсутнє посягання на об'єкт кримінально-правової охорони. Те ж саме можна сказати й про шкоду життю чи здоров'ю «особи, що здійснює збройну агресію», яка в ст. 43-1 КК згадується прямо. Відповідно до норм МГП, така особа, яка є комбатантом, є законною військовою ціллю і не захищена від прямих нападів. Якщо поглянути на ст. 65 Конституції України, то можна сказати, що захист Вітчизни, який є конституційним обов'язком громадян України, може, в тому числі, передбачати заподіяння смерті особам, що на неї посягають. Таким чином, ми приходимо до висновку: якщо ні майно, яке належить чи використовується «особою, що здійснює збройну агресію», ні життя та здоров'я цієї особи не охороняються правом, зокрема кримінальним, тоді виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни як обставина, що виключає кримінальну-протиправність діяння, не має жодного правового значення. Незважаючи на те, що наведений вище спосіб міркування є логічним та розумним, він знецінює ст. 43-1 КК. В цьому й полягає проблема. Однак ця норма об'єктивно існує, і саме вона застосовуватиметься на практиці, а не норми Конституції чи міжнародного права. Тому нам необхідно надати їй правового значення.

Для того, щоб вирішити описану проблему, нам при тлумаченні ст. 43-1 КК необхідно міркувати по-іншому. Потрібно виходити з того, що поняття «правоохоронюваний інтерес» в ст. 43-1 КК не має будь-якого особливого змісту з огляду на специфічний контекст, в якому ця стаття діє. Іншими словами, це поняття має такий же самий зміст як і в мирний час. Тобто воно також охоплює право власності іноземної держави та право власності її громадян. За чинним КК кримінальні правопорушення, які посягають на власність, не диференціюються за тим, кому належить те чи інше майно. Пошкодження чи знищення майна громадянина України та іноземного громадянина на території України є однаково протиправними. Якщо Україна та іноземна держава будуть проводити спільні військові навчання на території України, то бойова техніка іноземної держави також буде охоронятися правом України як й інше майно. Однак, коли має місце міжнародний збройний конфлікт, у громадян України виникає необхідність виконати обов'язок, закріплений у ст. 65 Конституції України. З цієї норми Основного закону логічно випливає можливість для громадянина України при виконанні такого обов'язку легально заподіяти шкоду життю чи здоров'ю особи, що посягає на незалежність та територіальну цілісність України, а також пошкодити чи знищити майно, яким вона володіє. Ст. 43-1 КК необхідна саме для того, щоб формалізувати це положення, яке ми логічним шляхом виводимо зі ст. 65 Конституції, та розвинути його, подібно до того як ст. 36 КК розвиває ч. 6 ст. 55 Конституції. В цьому й полягає правове значення ст. 43-1 КК – розвиток та деталізація положення Основного закону. Таким чином, до тлумачення ст. 43-1 КК потрібно підходити без

попереднього знання про те, що життя, здоров'я, майно «особи, що здійснює збройну агресію» не охороняються кримінальним правом України, а, навпаки, робити такий висновок на підставі системного тлумачення ст. 65 Конституції та ст. 43-1 КК. А це означає, що в тій частині, де ст. 43-1 КК згадує правоохоронюваний інтерес, ця норма говорить в тому числі й про майно, яке належить чи використовується «особою, що здійснює збройну агресію». Отже, шкоду такому майну потрібно сприймати як шкоду правоохоронюваним інтересам, як би абсурдно це не звучало.

Х. Єдність вимог щодо відповідності діяння суспільно корисній меті та щодо відсутності загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу

Коли має місце тип ситуацій II, при аналізі того, чи буде визнаватися виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни діяння, яке створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу, потрібно зважати на те, що в ч. 4 ст. 43-1 КК перед згадкою про створення зазначеної вище небезпеки міститься застереження щодо того, що діяння при цьому не є необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації. Між цими формулюваннями стоїть сполучник «та», що означає, що вони описують одну й ту ж саму ситуацію. Також це означає, що для того, щоб діяння не визнавалось виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, необхідна наявність обох обставин: і невідповідність меті, і створення загрози. Отже, якщо діяння особи створило, наприклад, загрозу для життя інших людей, однак це діяння було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети, воно є виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни і не тягне за собою кримінальної відповідальності.

XI. Значна суспільно корисна мета

Згадану в ч. 4 ст. 43-1 КК значну суспільно корисну мету можна тлумачити по-різному:

- «значна суспільно корисна мета» являє собою мету, що є спеціальною по відношенню до мети дати відсічі та стримати збройну агресію іншої країни. Формулювання «у конкретній ситуації» вказує на те, що це більш конкретна мета порівняно із завданням відсічі та стримування збройної агресії, і вона може відрізнятися в кожному окремому випадку. Однак при цьому, така мета має поєднуватися з метою завдати відсічі та стримувати збройну агресію. Таким чином, варто співвідносити їх як загальну (стратегічну) та спеціальну (тактичну). Досягнення цієї 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;

- «значна суспільно корисна мета» це і є загальна мета дати відсічі та стримати збройну агресію іншої країни. У ч. 4 ст. 43-1 КК законодавець намагався викласти обставини, які б унеможливили визнання діяння виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, але, при цьому, охоплювали б обидва типи ситуацій, передбачених ч. 1 ст. 43-1 КК. Узагальнено щодо обох типів вжили поняття «діяння, спрямоване на відсічі та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни», а при описі другої обставини, яка вказує на відсутність виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, законодавець для того щоб не повторювати знову цю загальну мету використав формулювання «значна суспільно корисна мета», однак насправді під цією метою розуміється саме мета дати відсічі та стримувати збройну агресію.

З огляду на викладений у пункті XIII зв'язок ч. 4 ст. 43-1 КК з принципом пропорційності в МГП,

ознаку «значна суспільно корисна мета» варто тлумачити на користь першого варіанту.

XII. Створення загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу

Спеціальною ознакою типу ситуацій II є вимога щодо того, щоб діяння не створювало загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу. Для розуміння цієї ознаки важливими є наступні моменти.

Загроза для життя інших людей означає, що діяння, окрім того, що може зашкодити тій чи іншій військовій цілі, здатне заподіяти смерть особам, які не здійснюють збройну агресію проти України. Термін «інші люди» в жодному разі не можна розуміти як інші цивільні особи, відмінні від тих цивільних осіб, що були безпосередньою ціллю нападу. Таке тлумачення фактично допускати прямі напади на цивільне населення, що є воєнним злочином відповідно до ст. 51(2) Додаткового протоколу I і ст. 8(b)(i) Римського статуту.

Термін «екологічна катастрофа» вживається і в інших нормах КК, а саме в статтях 42, 253, 361, 441. З метою його тлумачення доцільно було б звернутися до змісту екологічного законодавства. Однак конкретного визначення екологічної катастрофи воно не містить. Ст. 65 ЗУ «Про охорону навколишнього природного середовища» до березня 2002 року містила поняття «зона екологічної катастрофи» та «зона підвищеної екологічної небезпеки» [23], які, починаючи з редакції цього закону від 07.03.2002 року, були замінені на термін «зона надзвичайної екологічної ситуації» [24], аналогічний тому, що зазначений в ст. 1 ЗУ «Про зону надзвичайно екологічної ситуації» [25]. Таким чином, найбільш близьким до терміну «екологічна катастрофа» в екологічному законодавстві є термін «надзвичайна екологічна ситуація». Однак, все ж, для тлумачення поняття «екологічна катастрофа» в КК орієнтуватися на поняття «надзвичайна екологічна ситуація» не варто з наступних міркувань. По-перше, видається малоімовірним те, що законодавець при написанні початкового тексту КК і обранні терміна «екологічна катастрофа» спирався на термінологію тодішньої редакції ст. 65 ЗУ «Про охорону навколишнього природного середовища», свідомо виносячи тим самим підвищену екологічну небезпеку «за дужки», тим більше, що вже в чинній редакції закону він зупинився на одному терміні – «надзвичайна екологічна ситуація» – відмовившись від непотрібного розмежування. По-друге, поняття «надзвичайна екологічна ситуація» відповідно до ст. 1 ЗУ «Про зону надзвичайно екологічної ситуації» може бути як природного, так і техногенного характеру, тоді як в КК «екологічна катастрофа», оскільки вона позначає наслідки діяння особи, може бути тільки техногенного характеру. По-третє, зона надзвичайної екологічної ситуації окремо згадується в ст. 238 КК. Отже, більш переконливо видається думка про те, що поняття «екологічна катастрофа» в КК не спирається на екологічне законодавство, а тлумачити його слід з огляду на його звичайне розуміння. Тому, в КК, в тому числі й у ст. 43-1 КК, під екологічною катастрофою слід розуміти суттєве погіршення стану навколишнього природного середовища внаслідок діяння особи, яке, зокрема, створює загрозу для життя та здоров'я значної кількості людей, унеможливує чи суттєво обмежує життєдіяльність чи господарську діяльність на відповідній території.

Що ж до формулювання «інші надзвичайні події більшого масштабу», то в ст. 42 КК, на яку як видається, орієнтувався законодавець, впроваджуючи це формулювання, згадуються просто «інші надзвичайні події» без вказівки на їх масштаб. З огляду на загальний контекст ст. 43-1 КК, на перший погляд, складається враження, що мова йде про масштаб більший за екологічну катастрофу. Вказівка на масштаб надзвичайної події є доволі спірною ідеєю, і,

загалом, важко сказати чим керувався законодавець при обранні такого формулювання. Можливо, беручи до уваги те, що війна в цілому є подією надзвичайною, і при веденні військових дій можуть траплятися різні випадки, він хотів підкреслити масштаб таких наслідків для того, щоб суд звертав увагу на щось ще більш вагоме ніж екологічна катастрофа. Однак, враховуючи те, що екологічні катастрофи можуть бути різними та досягати досить значних масштабів, важко уявити, що це можуть бути за «інші надзвичайні події більшого масштабу». Для прикладу гіпотетична ядерна війна також може вважатися екологічною катастрофою. І що може бути за масштабом більшим за це? Тому доречніше тлумачити це формулювання наступним чином: надзвичайні події, які не є екологічними катастрофами, однак мають значний масштаб. Для прикладу, такими іншими надзвичайними подіями можуть бути: поширення небезпечного для здоров'я людини вірусу в результаті застосування біологічної зброї, знищення чи пошкодження дамби і затоплення в результаті цього значної території тощо.

Варто звернути увагу на те, що у ст. 42 КК вживається формулювання «завідомо створював загрозу». З цього можна зробити висновок, що, якщо ми говоримо про діяння, пов'язане з ризиком, то створення загрози настання таких наслідків вимагає найвищого рівня усвідомлення ймовірності їх настання – достовірного знання. Однак у ст. 43-1 КК слово «завідомо» упущене. Не можна сказати, чи це просто помилка, чи свідоме рішення законодавця, але точно можна стверджувати, що, виходячи з законодавчого формулювання, діяння не буде визнаватися виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни не тільки при достовірному знанні особи про загрозу настання таких наслідків, а й при більш низькому ступені обізнаності, включно із ситуацією, коли особа взагалі не передбачала загрози настання таких наслідків, хоча повинна була та могла це передбачити. Однак, з огляду на виділені паралелі зі ст. 42 КК, а також з огляду на те, що з точки зору МКП воєнний злочин, що полягає у заподіянні надмірної випадкової шкоди цивільним особам, цивільним об'єктам або доквітлю, який фактично буде мати місце в результаті порушення цієї заборони [17, ст. 13], вимагає знання виконавця про наслідки свого діяння, є підстави говорити про обмежувальне тлумачення ст. 43-1 КК в цій частині подібно до ст. 42 КК.

XIII. Ч. 4 ст. 43-1 КК та принцип пропорційності в МГП

Зупинимось детальніше на функціональному призначенні ч. 4 ст. 43-1 КК. При розробці цієї статті законодавець прагнув включити до неї положення, що окреслювало б межі допустимого при виконанні обов'язку щодо захисту Вітчизни. Саме для цього й існує ч. 4 ст. 43-1 КК. Вона встановлює певний «пори́г», вихід за який має наслідком кримінальну відповідальність. Однак, цей «пори́г» є оціночним, тобто ч. 4 ст. 43-1 КК передбачає для встановлення в кожному окремому випадку того, чи вийшла особа за встановлену межу, необхідність порівняння вчиненого нею діяння з певними оціночними критеріями. Для типу ситуацій I цими критеріями є явна невідповідність небезпечності агресії або явна невідповідність обстановці відсічі та стримування, а для типу ситуацій II – необхідність для досягнення значної суспільно корисної мети.

В цій частині можна провести паралелі між ч. 4 ст. 43-1 КК та принципом пропорційності в МГП (далі – принцип пропорційності) [26, ст. 114–115]. Цей принцип звучить приблизно так: забороняються напади, від яких можна очікувати спричинення випадкової загибелі цивільного населення або поранення цивільних осіб, пошкодження цивільних об'єктів або поєднання таких наслідків, які були б надмірними порівняно з очікуваною конкретно та безпосередньою військовою перевагою, що мали б одержати. Ця норма вважається звичаєвою [27, ст. 21], а на

конвенційному рівні вона закріплена в п. б ч. 5 ст. 51 Додаткового протоколу I. Ідея цього принципу в тому, щоб захистити цивільних осіб та цивільні об'єкти від «непрямих нападів», однак, при цьому, зберігати баланс між жертвами серед цивільних осіб, пошкодженням цивільних об'єктів та військовою необхідністю. Принцип пропорційності так, як і ч. 4 ст. 43-1 КК, встановлює «поріг» допустимості при обранні засобів та методів війни.

Тепер поглянемо як саме цей принцип втілюється в ч. 4 ст. 43-1 КК. Почнемо з ознаки, характерної для типу ситуацій II. В ній принцип пропорційності виражений більш яскраво. Так, якщо діяння нанесло шкоду правоохоронюваному інтересам та створило загрозу, скажімо, для життя інших людей, нам потрібно оцінити чи було це діяння необхідним для досягнення суспільно корисної мети. Іншими словами, нам при застосуванні цього положення, як і при застосуванні принципу пропорційності, необхідно з'ясувати побічні наслідки діяння з досягнутою метою.

Відмінністю є те, що ч. 4 ст. 43-1 КК в цій частині встановлює більш високий «поріг» допустимості. Так, в ній згадується лише загроза життю інших осіб, тоді як принцип пропорційності говорить й про можливість їх поранення. Хоча при веденні воєнних дій часто важко сказати, що конкретне діяння призведе тільки до поранення цивільних осіб і точно не призведе до їх смерті. Що ж до побічної шкоди цивільним об'єктам, то ч. 4 ст. 43-1 КК вказує на великий масштаб наслідків, які можуть від такого нападу настати. При цьому, якщо принцип пропорційності означає лише про шкоду цивільним особам та цивільним об'єктам, у ч. 4 ст. 43-1 КК ознака, характерна для типу ситуацій II, нічого не говорить про те, що загроза екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу повинна бути пов'язана з нанесенням шкоди саме цивільному об'єкту. Цілком не виключена ситуація, що екологічна катастрофа може настати і від заподіяння шкоди об'єкту, що має ознаки військової цілі.

Враховуючи вищесказане, можна зробити висновок, що, наприклад, коли діяння, яке має всі загальні ознаки виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, заподіяло шкоду правоохоронюваному інтересам і завдало побічної шкоди цивільному об'єкту за відсутності загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу, нам навіть не потрібно оцінювати це діяння з точки зору того, чи було воно необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети, адже в нас вже не має підстав не визнавати це діяння виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни.

Наостанок, щодо цієї ознаки варто сказати, що, оскільки ми чітко вбачаємо в ній аналогію принципу пропорційності, який, своєю чергою, передбачає наявність конкретної та безпосередньої військової переваги [26, ст. 115], яку очікується одержати, значна суспільно корисна мета в ч. 4 ст. 43-1 КК повинна сприйматися як конкретна спеціальна (тактична) мета, що є частиною загальної (стратегічної) мети дати відсіч та стримати збройну агресію іншої країни.

Тепер перейдемо до ознаки, що характерна для типу ситуацій I. Можна сказати, що в цьому випадку знищення живої сили противника і є цією конкретною та безпосередньою військовою перевагою. Вагомість «особи, що здійснює збройну агресію» як військової цілі визначається поняттям «небезпечність агресії», а необхідність перед вчиненням діяння враховувати можливі негативні наслідки для цивільного населення чи цивільних об'єктів міститься в обов'язку зважати на обстановку відсічі та стримування. Таким чином, ми знову ж таки порівнюємо діяння та його можливі або вже спричиненні наслідки та важливість військової цілі.

При цьому важливо наголосити на тому, що створення небезпеки, скажімо, для життя інших людей не повинно

автоматично свідчити про явну невідповідність діяння обстановці відсічі та стримування. Варто розуміти, що МГП не ставить собі за мету повністю уникнути жертв серед цивільного населення, адже така мета досить ідеалістична. Метою МГП є лише мінімізувати страждання людей в умовах збройного конфлікту. Саме тому принцип пропорційності допускає за деяких умов заподіяння шкоди цивільним особам чи цивільним об'єктам. У ч. 4 ст. 43-1 КК між вказівкою на небезпечність агресії та обстановку відсічі та стримування стоїть сполучник «або». Це означає, що достатньо явної невідповідності тільки одному з зазначених критеріїв для того, щоб не визнавати діяння виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни. Тому, якщо ми будемо визнавати будь-яке створення загрози для цивільного населення чи цивільних об'єктів явною невідповідністю обстановці відсічі та стримування, то правозастосовна практика піде шляхом встановлення непотрібного самообмеження, яке жодним чином не випливає з норм МГП. Для унеможливлення такого тлумачення і «примусення» практики завжди враховувати ще й небезпечність агресії, варто сполучник між зазначеними критеріями замінити на «та».

Таким чином, ознаки, передбаченні ч. 4 ст. 43-1 КК, хоча і значно відрізняються текстуально і відповідають різним типам ситуацій виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, але несуть в собі одну ідею. При цьому все ж їх не варто змішувати і застосовувати одночасно до одного типу ситуацій. Якщо ознаку «не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу» ще можна застосувати до типу ситуацій I, то ознаку «явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування» застосовувати до типу ситуацій II було б некоректним з огляду на те, що «небезпечність агресії», як було сказано вище, ми розуміємо як небезпечність окремої «особи, що здійснює збройну агресію», а заподіяння шкоди правоохоронюваному інтересам зовсім не передбачає навіть наявності таких осіб. До того ж, одночасне застосування обох цих ознак до одного типу ситуацій виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни суперечило б логіці побудови ч. 4 ст. 43-1 КК. Навіщо передбачати дві ознаки з подібним змістом, якщо їх можна застосовувати одночасно? Питання риторичне.

XIV. Значення ч. 3 ст. 43-1 КК

Ч. 3 ст. 43-1 КК стверджує, що особа не підлягає кримінальній відповідальності за застосування зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, та за пошкодження чи знищення у зв'язку з цим майна. Ця норма не передбачає жодних нових типів ситуацій. Її призначення в тому, щоб легалізувати застосування зброї в рамках тих типів ситуацій, які були окреслені вище. Так, саме по собі застосування зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, стосується типу ситуацій I, а застосування цих предметів проти осіб, які здійснюють збройну агресію, що призвело до пошкодження чи знищення майна – типу ситуацій II.

XV. Застосування зброї

В контексті тлумачення ч. 3 ст. 43-1 КК доречно звернути увагу на тлумачення поняття «застосування зброї». Спершу, треба сказати, що існує законодавче визначення цього терміна. Воно міститься в п. 2 Порядку застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань у районі проведення антитерористичної операції у мирний час, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14 лютого 2018 року № 68 (далі – Порядок № 68) [28]. Так, це положення ствер-

джує, що застосування зброї та/або бойової техніки – це ведення стрільби з особистої зброї військовослужбовцями, штатної зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил, у тому числі здійснення пусків ракет, бомбоскидання або застосування холодної зброї. У своїй публікації Д. С. Птащенко справедливо вгледів проблему цього визначення в тому, що воно не охоплює носіння, зберігання, придбання, передачу та збут вогнепальної зброї та бойових припасів, які, якщо здійснюються без передбаченого законом дозволу, є кримінально каранними за ч. 1 ст. 263 КК [29, ст. 71]. Це є проблемою в контексті застосування вогнепальної зброї цивільними особами (вона цілком релевантна і для носіння, виготовлення, ремонту та збуту холодної зброї).

Варто зазначити, що не тільки ст. 43-1 КК регламентує звільнення цивільних осіб від кримінальної відповідальності за застосування зброї проти «осіб, що здійснюють збройну агресію». Подібний ч. 3 ст. 43-1 КК зміст має п. 22 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК (аналіз співвідношення цих двох норм не є предметом дослідження даної публікації). Ця норма доповнила КК відповідно до ЗУ «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 03.03.2022 року № 2114-IX (далі – ЗУ № 2114-IX). На виконання положень цього Закону був прийнятий Порядок застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 року № 448 [30]. У п. 2 цього порядку можна знайти ще одне визначення поняття «застосування вогнепальної зброї», однак воно також не передбачає носіння, зберігання, придбання, передачу та збут вогнепальної зброї.

У своєму дослідженні Д. С. Птащенко виділив три найтипівіші кримінально-правові ситуації, пов'язані із застосуванням цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії проти України у період дії воєнного стану [29, ст. 71–72]:

- цивільна особа здійснює носіння та зберігання вогнепальної зброї з метою її подальшого застосування для участі у відсічі та стримуванні збройної агресії проти України у період дії воєнного стану;
- цивільна особа в місцях ведення активних бойових дій знайшла вогнепальну зброю та здійснює її подальше носіння, зберігання з метою можливого застосування для участі у відсічі та стримуванні збройної агресії проти України у період дії воєнного стану;
- цивільна особа передає іншій цивільній особі вогнепальну зброю або бойові припаси з метою чи під час відсічі та стримуванні збройної агресії проти України у період дії воєнного стану.

Що стосується першої з зазначених ситуацій, то великих проблем вона не викликає. На виконання ЗУ № 2114-IX був прийнятий Порядок видачі вогнепальної зброї і боеприпасів до неї цивільним особам, які беруть участь у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав, затверджений наказом Міністерства внутрішніх справ України від 07.03.2022 року № 175 [31]. Цим порядком регламентується процедура видачі цивільним особам вогнепальної зброї, і, якщо цивільна особа носить та зберігає вогнепальну зброю, видану їй відповідно до цього порядку, то не має підстав притягати її за це до кримінальної відповідальності.

Кримінально-правова оцінка інших двох ситуацій більш складна. Д. С. Птащенко пропонує оцінювати їх через призму положень ст. 43-1 КК. Однак, проблема в тому, що ця стаття явно для цього не призначена. Якщо поглянути на ч. 3 ст. 43-1 КК, то з одного боку можна сказати, що використовуючи поширювальне тлумачення поняття «застосування зброї», можна охопити цією нормою носіння, зберігання, придбання, передачу вогнепаль-

ної зброї. Але, з іншого боку, в цьому положенні йде мова не про будь-яке застосування зброї, а її застосування проти «осіб, що здійснюють агресію». Виникає питання, як, наприклад, саме по собі носіння знайденої вогнепальної зброї може бути спрямованим проти когось. Якщо використовувати положення ч. 1 ст. 43-1 КК, то воно передбачає, щоб відповідне діяння спричинило шкоду для життя чи здоров'я «особи, що здійснює збройну агресію» або для правоохоронюваних інтересів. Такі діяння, як носіння, зберігання, передача вогнепальної зброї, не здатні самі по собі спричинити зазначені наслідки. Звісно, можна сказати, що під правоохоронюваними інтересами розуміється в тому числі й громадська безпека, і самовільне носіння та зберігання вогнепальної зброї особою, яка не має на неї права, або передача зброї такій особі загрожує громадській безпеці. Однак проблема в тому, що тут мова може йти лише про загрозу, а не про реально спричинену шкоду. Якби ми визнали, що такі діяння самі по собі вже спричинюють якісь наслідки, то юридичний склад кримінального правопорушення за ст. 263 КК, який традиційно сприймається як формальний, мав би розумітися як матеріальний.

Отже, тлумачення положень ст. 43-1 КК таким чином, щоб вони охоплювали собою носіння, зберігання, придбання, передачу та збут вогнепальної зброї цивільними особами, буде не просто поширювальним тлумаченням закону, а тлумаченням *contra legem*, доречність якого може піддаватися сумніву. Тому, повертаючись до питання розуміння поняття «застосування зброї» в ч. 3 ст. 43-1 КК, варто його тлумачити так, як воно викладено у п. 2 Порядку № 68. Також варто здійснювати подальші дослідження проблеми кримінально-правової оцінки вищеприписаних ситуацій.

XVI. Поєднання різних типів ситуацій

Типи ситуацій виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни не потрібно сприймати як відокремлені один від одного структури. Одне конкретне діяння може й найвірогідніше буде мати ознаки обох типів ситуацій. Для прикладу візьмемо такий випадок: діяння заподіяло шкоду життям «осіб, що здійснюють збройну агресію» і спричинило жертви серед цивільного населення. В цьому випадку наявні типи ситуацій I та II виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, адже діяння, хоча й побічно, але заподіює шкоду правоохоронюваним інтересам. Тому, якщо буде встановлено, що шкода цивільним особам є надмірною, є декілька способів аргументації того, що це діяння не є виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни. По-перше, можна спиратися на те, що воно заподіяло шкоду життям «осіб, що здійснюють збройну агресію», але при цьому таке діяння також спричинило значні жертви серед цивільного населення, які є несівмірними з вагомністю знищеної живої сили противника, а тому це діяння явно не відповідає небезпечності агресії та обставинці відсічі та стримування. По-друге, можна виходити з того, що діяння заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, при цьому воно не просто створило небезпеку для життя інших осіб, а цей наслідок реально настав, і, враховуючи відносну малозначність досягнутої суспільної корисної мети, можна стверджувати, що застосування такого засобу ведення війни в цій конкретній ситуації не було необхідним. Зрештою, можна сказати, що у зв'язку з порушенням принципу пропорційності, цей напад є таким, що має невивірковий характер, вчинення якого є забороненим згідно з ч. 4 та п. б ч. 5 ст. 51 Додаткового протоколу I, а тому в цій ситуації наявне порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Висновок

Проаналізувавши ст. 43-1 КК можна прийти до висновку, що ця норма охоплює собою два типи ситуацій, які не є відокремленими один від одного конструкціями, а,

навпаки, можуть поєднуватися в одному діянні. Спільними ознаками обох типів є те, що:

- діяння повинно бути вчиненим в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, за умови що має місце акт агресії з боку іншої держави;

- діяння повинно бути спрямованим на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни;

- діяння вчинюється 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.

Ці ознаки є загальними для виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. Разом з тим, можна виділити спеціальні ознаки, характерні для різних типів ситуацій. Спеціальними ознаками типу ситуацій I є те, що:

- діяння заподіяло шкоду життю або здоров'ю «особи, яка здійснює збройну агресію»;

- діяння вчинюється за відсутності явної невідповідності небезпечності агресії або обставинці відсічі та стримування.

А для типу ситуацій II характерним є те, що:

- діяння заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам;
- діяння вчинюється за відсутності загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу, а якщо така загроза виникає, тоді діяння повинно бути необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації.

Чинна редакція ст. 43-1 КК містить значну кількість неоднозначних законодавчих формулювань, які ускладнюють її тлумачення. Необхідні подальші дослідження, спрямовані на пошуки способів вдосконалення редакції ст. 43-1 КК, з огляду на виділені в цій статті недоліки та проблеми в розумінні її тексту. Також варто проаналізувати співвідношення ст. 43-1 КК з статтями Розділу VIII Загальної частини КК, з яких в ст. 43-1 КК були здійсненні «запозичення», тобто з ст.ст. 36 та 42 КК.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 №2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 18.07.2022).
2. Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004 №1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text> (дата звернення: 18.07.2022).
3. Конституція України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 18.07.2022).
4. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення: 18.07.2022).
5. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) : висновок Конституційного Суду України від 11 лип. 2001 р. № 3-в/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01#top> (дата звернення: 18.07.2022).
6. 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. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/issue/view/15629/8665> (дата звернення: 21.07.2022).
7. Проект Закону 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 воєнного стану» : Пояснювальна записка від 13.03.2022. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1245192> (дата звернення: 21.07.2022).
8. Кузнецов В.В., Сийплогі М.В. Кримінально-правова характеристика виконання обов'язку щодо захисту вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 4/2022. С. 320–325. URL: http://lsej.org.ua/4_2022/76.pdf (дата звернення: 21.07.2022).
9. Про національну безпеку України : Закон України від 21.06.2018 № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text> (дата звернення: 25.07.2022).
10. Конвенція про захист цивільного населення під час війни, Женева, 12.08.1949. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення: 25.07.2022).
11. Commentary of 2016. Article 2 : Application of the Convention. International Committee of the Red Cross : веб-сайт. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518> (дата звернення: 25.07.2022).
12. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 №389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення: 27.07.2022).
13. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду від 26.06.1945. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010/sp:max50:nav7:font2#Text (дата звернення: 27.07.2022).
14. Oscar Schachter. The Right of States to Use Armed Force. *Michigan Law Review*. 1984. Volume 82. Issue 5. P. 1620-1646. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3592&context=mlr> (дата звернення: 27.07.2022).
15. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10.12.1984. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text (дата звернення: 01.08.2022).
16. Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду від 17.07.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text (дата звернення: 01.08.2022).
17. Elements of Crimes. International Criminal Court. 2013. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (дата звернення: 01.08.2022).
18. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda : Judgment of the Trial Chamber IV of the International Criminal Court of July 8, 2019 No.: ICC-01/04-02/06. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF (дата звернення: 08.08.2022).
19. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda : Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Trial Chamber IV of the International Criminal Court of January 4, 2017 No.: ICC-01/04-02/06. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_00011.PDF (дата звернення: 08.08.2022).
20. Commentary of 2016. Article 3 : Conflicts not of an international character. International Committee of the Red Cross : веб-сайт. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDA490736C1C1257F7D004BA0EC> (дата звернення: 08.08.2022).
21. Визначення агресії : резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 14.12.1974 3314 (XXIX). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_001-74/sp:max50:nav7:font2#Text (дата звернення: 11.08.2022).
22. Про судову практику у справах про необхідну оборону : постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 № 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0001700-02#Text> (дата звернення: 11.08.2022).

23. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 №1264-XII в редакції від 01.01.2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12/ed20020101#Text> (дата звернення: 15.08.2022).
24. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 №1264-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text> (дата звернення: 15.08.2022).
25. Про зону надзвичайної екологічної ситуації : Закон України від 13.07.2000 № 1908-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1908-14#Text> (дата звернення: 15.08.2022).
26. Мельцер Н. Міжнародне гуманітарне право. Загальний курс : довідкове видання / пер. з англ. Делегація МКЧХ в Україні. Київ. 2020. 396 с.
27. Короткий Т. Р., Лук'янченко Є. В. Звичаєві норми міжнародного гуманітарного права; вступ. стаття Гнатовський М. М. Одеса : Фенікс. 2017. 40 с.
28. Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань у районі проведення антитерористичної операції у мирний час : постанова Кабінету Міністрів України від 14.02.2012 № 68. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/68-2018-%D0%BF#Text> (дата звернення: 23.08.2022).
29. Птащенко Д. С. Кримінально-правова характеристика застосування вогнепальної зброї цивільними особами у період дії воєнного стану. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2022. Випуск № 121. URL: <http://visnyk.law.knu.ua/images/articles/121.pdf> (дата звернення: 23.08.2022).
30. Порядок застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану : постанова Кабінету Міністрів України від 15.04.2022. № 448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-%D0%BF#Text> (дата звернення: 23.08.2022).
31. Порядок отримання вогнепальної зброї і боєприпасів до неї цивільними особами, які беруть участь у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 07.03.2022 № 175. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0295-22#Text> (дата звернення: 23.08.2022).