

УДК 343.228:344.1(477)

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.256785>

Ю. А. Пономаренко,

докт. юрид. наук, доцент, завідувач
кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава
Мудрого

НОВЕЛІЗАЦІЯ ПОЛОЖЕНЬ КК ЩОДО ОБСТАВИН, ЯКІ ВИКЛЮЧАЮТЬ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ, В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Стаття присвячена аналізу правомірної поведінки цивільних осіб, які під час і з метою захисту України заподіюють шкоду державі-агресору. Досліджені відповідні новели КК України (ст. 43-1 і п. 22 Прикінцевих та перехідних положень) і розкриті правова форма такої поведінки, її підстава та ознаки, визначені межі правомірного заподіяння шкоди агресорові. Сформульовані висновки щодо перспектив практичного застосування та подальшого законодавчого удосконалення цих приписів.

Ключові слова: кримінальне право, воєнно-кримінальне право, обставини, що виключають кримінальне правопорушення, кримінальна відповідальність, воєнний стан.

Агресивна війна, яку Росія в гібридній формі розв'язала проти нашої країни ще 20 лютого 2014 р., і яку цьогоріч 24 лютого перевела у форму широкомасштабного вторгнення, без перебільшення стала найважчим викликом для України з часів відновлення її незалежності. Головне реагування на цей виклик дають Збройні Сили України, включно з підрозділами територіальної оборони, та інші військові формування України, які зірвали плани агресора, успішно знищують ворога і, безумовно, здобудуть перемогу. Разом з ними на захист Батьківщини піднявся, без перебільшення, увесь Український народ. І далеко не кожен його представник обмежив свій внесок у перемогу волонтерською діяльністю чи її підтримкою, забезпеченням функціонування економіки, соціальної сфери, владних інституцій тощо. Сотні і тисячі наших співвітчизників самостійно чи організовано чинять протидію ворогові шляхом заподіяння йому різних видів шкоди: від інформаційних атак і «культури скасування» усього, що пов'язано

з рашизмом, до фізичного знищення окупантів, їхньої військової техніки та іншого майна.

Ніколи і ні в кого не викликало сумнівів правомірність заподіяння шкоди ворогові під час війни. Гуго Гроцій посилався аж на Еврипіда, який ще в V столітті до Р. Х. в одній зі своїх трагедій наводив *давню* грецьку приказку: «Чиста рука убивці ворога». Однак у наш час український законодавець раптом злякався, що українські суди можуть притягувати до кримінальної відповідальності українських громадян за шкоду, заподіяну агресорові. Щоб упередити це (а з іншого боку, мабуть, і щоб стимулювати громадян активніше шкодити ворогові) на початку широкомасштабної фази війни КК був доповнений двома новими обставинами, що виключають кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди ворогові. Спершу його Прикінцеві і перехідні положення (далі – ППП) були доповнені п. 22 про те, що «цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону України "Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України"»¹. Згодом Кодекс був доповнений статтею 43-1, згідно якої до обставин, що виключають т. зв. «кримінальну протиправність діяння» було віднесене виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України².

Наразі невідомо, чи за два місяці чинності цих приписів органи досудового розслідування або суди хоча б раз їх застосовували. Відтак і невідомо, з якими проблемами вони стикалися чи могли зіткнутися при їх тлумаченні. Однак вже перші оцінки, надані цим приписам українськими криміналістами у соціальних мережах і на наукових заходах (М. О. Акімов,

¹ Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20/print>.

² Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану: Закон України від 15 березня 2022 р. № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20/print>.

Ю. В. Баулін, Р. О. Мовчан, М. І. Хавронюк та ін.), свідчать про закладений у них великий потенціал загроз для належного правозастосування і прихований резерв можливостей для порушення прав людини. Тому подальший аналіз цих приписів повинен бути скерованим не лише на роз'яснення їхнього змісту для правозастосування, а й на вироблення рекомендацій для подальшого законотворення.

Характеристика будь-якої обставини, що виключає кримінальне правопорушення, передбачає послідовне розкриття питань про: 1) її юридичну форму і коло суб'єктів, на яких вона поширюється; 2) підставу її здійснення; 3) ознаки правомірності поведінки особи за наявності цієї обставини; 4) межі правомірного заподіяння шкоди; 5) відповідальність за перевищення меж правомірного заподіяння шкоди. З огляду на генезисну, змістовну і формальну близькість обставин, передбачених ст. 43-1 і п. 22 ППП КК, видається можливим розкривати вказані питання щодо них обох паралельно, умовно найменувавши їх разом «обставинами, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану».

Юридична форма і коло суб'єктів, на яких поширюються обставини, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану. У хронологічно першій обставині, передбаченій п. 22 ППП, її юридична форма не була визначена, а коло осіб, на яких вона поширюється, – окреслене до того невідомим кримінальному праву поняттям «цивільні особи». Проте, це поняття може бути встановлене з урахуванням змісту ст. 1 відповідного закону³, згідно якої цивільними особами названі «громадяни України, а також іноземці та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України» і визначено, що вони «можуть брати участь у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської

³ За межами цього дослідження лишається низка проблем законодавчої техніки, пов'язаних з цим законом. Зокрема, всупереч вимогам ч. 6 ст. 3 КК зміни до Кодексу були внесені не окремим законом про внесення змін саме до нього, а останньою статтею «регуляторного» закону. Крім того, абсолютно непояснюваним є введення аналізованого припису не до «тіла» Кодексу, а до його ППП, що були свого часу розраховані виключно на розв'язання темпоральних колізій КК 2001 р. з попереднім КК 1960 р.

Федерації та/або інших держав...». Таким чином, ця обставина полягає у *правомірному здійсненні особою свого суб'єктивного права*, а тому під «цивільними особами» слід розуміти не будь-яких громадян України, іноземців та осіб без громадянства, а лише тих, на яких не покладений юридичний обов'язок чи службове повноваження щодо захисту України. Інакше кажучи, суб'єктами цієї обставини не є військовослужбовці Збройних Сил України та інших утворених відповідно до міжнародних договорів чи законів України військових формувань, які мають юридичний обов'язок чи службове повноваження щодо заподіяння шкоди ворогові. Правомірність виконання ними цього обов'язку чи здійснення повноваження має визначатися за спеціальними актами законодавства (міжнародні Конвенції про закони і звичаї війни, закони України «Про Збройні Сили України», «Про оборону України» та інші, військові Статути тощо).

Суперечливо визначається законодавцем питання про юридичну форму обставини, передбаченої ст. 43-1 КК, що своєю чергою обумовлює неоднозначність у питанні про коло осіб, на яких вона поширюється. З одного боку, стаття має назву «*Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України*» і така ж юридична форма діяння згадується і в її ч. 4. З іншого боку, ч. 2 цієї статті встановлює, що «*Кожна особа має право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України...*». Водночас, від відповіді на питання про те, обов'язком чи правом особи є здійснення правомірних діянь, передбачених цією статтею, буде залежати відповідь на питання про правові наслідки нездійснення цих діянь. Бо якщо це обов'язок, то його невиконання має тягнути юридичну відповідальність, а якщо право – то його нездійснення не може мати такого наслідку.

Вочевидь, термін «виконання обов'язку» з'явився у назві і в ч. 4 цієї статті на виконання положень ч. 1 ст. 65 Конституції, згідно якої «Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її

державних символів є обов'язком громадян України». Водночас, конституційний обов'язок щодо захисту України, з одного боку, не може бути зведений лише до обов'язку обороняти її зі зброєю в руках від зовнішньої агресії. За визначенням Ю. П. Битяка «Це і стан захищеності державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу, законних інтересів держави та прав громадян від посягань з боку окремих організацій, груп та осіб, це відповідний рівень громадського порядку та громадської безпеки, збереження національної культури та ін. Усі ці аспекти захисту Вітчизни мають відстоюватись громадянами»⁴. Тому загальний для всіх громадян обов'язок захищати Вітчизну, лише для окремих з них (військовослужбовців, військовозобов'язаних, резервістів тощо) є обов'язком щодо її оборони зі зброєю в руках. Для інших же громадян, а тим паче – для іноземців і осіб без громадянства – є суб'єктивне право заподіювати ворогові шкоду. З огляду на це, можна стверджувати, що й обставина, передбачена ст. 43-1 КК, за своєю юридичною формою є *суб'єктивним правом приватної (цивільної) особи*, що правильно відображено в її ч. 2. Підтвердженням цього висновку є й те, що у ч. 2 ст. 43-1 закон не лише говорить про право кожної особи на захист України, а й відмежовує цю особу від органів державної влади і Збройних Сил України, від яких не залежить можливість здійснення особою цього свого права.

Водночас, коло осіб, які мають суб'єктивне право заподіювати ворогові шкоду за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, підлягає подальшому уточненню з урахуванням вимог законів і звичаїв війни. Оскільки міжнародними конвенціями визначається правомірність шкоди, заподіяної ворогові комбатантами, то національне право визначає правомірне заподіяння такої шкоди цивільними

⁴ Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.) та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. С. 488.

особами. Відтак, суб'єктом реалізації права на заподіяння ворогові шкоди відповідно до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК є виключно *цивільні особи*. Згідно зі ст. 4 Третьої Женевської конвенції і ст. 43 та 50 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій ними є цивільні особи, тобто особи, які:

1) не входять до особового складу Збройних Сил України, а також не є членами ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих збройних сил (наприклад, Сил територіальної оборони);

2) не є членами інших ополчень та добровольчих загонів, зокрема організованих рухів опору, які діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони відповідають таким умовам:

a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;

b) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані;

c) вони носять зброю відкрито;

d) здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни;

3) не є тими жителями неокупованої території, які під час наближення ворога озброїлися, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни.

Саме такі особи, які не належать до жодної з трьох вищеназваних категорій, і мають право правомірно заподіяти ворогові шкоду відповідно до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК. Натомість, правомірність шкоди, заподіяної ворогові комбатантами, визначається не за цими приписами КК, а за міжнародними Конвенціями про закони і звичаї війни та положеннями національного законодавства про оборону, про статус і повноваження Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів військових формувань.

Підстава обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, визначена в обох аналізованих приписах

приблизно однаково. У п. 22 ППП вона сформульована як «здійснення збройної агресії проти України», у ч. 1 ст. 43-1 – як «збройна агресія Російської Федерації або агресія іншої країни». Попри очевидну невдалість згадки у ст. 43-1 про конкретну країну-агресора, ці визначення підстави мають ще одну серйозну хибу: в них обох йдеться саме про *збройну агресію*. Водночас, і визначення агресії (Резолюція ГА ООН 3314 (XXIX) від 14 грудня 1974 р.), і ст. 8-bis Римського Статуту МКС, хоч і пов'язують агресію із застосуванням *збройної сили*, але: по-перше, не називають обов'язковою ознакою агресії використання зброї; по-друге, передбачають і такі форми агресії, які можуть здійснюватися без застосування збройних сил; по-третє, використовують термін «агресія», а не «збройна агресія».

Згідно з названими актами агресію становить застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або в будь-який інший спосіб, несумісний зі Статутом ООН (тобто – крім реалізації права на самооборону (ст. 61 Статуту)). «Будь-яка з таких дій, незалежно від оголошення війни, має кваліфікуватися як акт агресії:

а) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави чи будь-яка військова окупація, незалежно від її тривалості, яка є наслідком такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія із застосуванням сили на території іншої держави або її частини;

б) бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;

в) блокада портів або берегів держави збройними силами іншої держави;

г) напад збройними силами держави на сухопутні, морські або повітряні сили чи морські та повітряні флоти іншої держави;

д) застосування збройних сил однієї держави, що перебувають на території іншої держави за угодою з приймаючою державою, з порушенням

умов, передбачених в угоді, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після припинення дії угоди;

f) дія держави, що дозволяє, щоб її територія, яку вона надала у розпорядження іншій державі, використовувалася цією іншою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави;

g) направлення державою або від імені держави озброєних банд, груп та іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, що мають настільки серйозний характер, що це рівноцінно переліченим вище актам або її значної участі в них».

Наявність принаймні одного будь-якого з названих діянь уже становить агресію, а відтак – і підставу для правомірного заподіяння шкоди відповідно до ст. 43-1 чи п. 22 ППП КК. Ще з 20 лютого 2014 р. Україна зазнає агресії з боку Російської Федерації, а з 24 лютого цього року – також і Республіки Білорусь (принаймні, в обсязі, визначеному п. (f) вище). Незалежно від того, що факт російської агресії визнаний і неодноразово закріплений на законодавчому рівні, а білоруської – ні, обидві агресії становлять собою підставу для реалізації цивільними особами їхнього суб'єктивного права на захист України.

Інших елементів підстави для реалізації цього права закон ні в ст. 43-1, ні в п. 22 ППП КК (на відміну, наприклад, від підстави реалізації права на необхідну оборону, затримання злочинця, крайню необхідність та ін.) не передбачає. Мабуть, це і правильно, бо сама агресія проти України є настільки винятково суспільно небезпечним діянням, що обумовлення реалізації права на протидію їй наявністю інших елементів підстави, було б невиправданим звуженням ініціативності цивільних осіб щодо захисту держави. Водночас, інший елемент підстави для реалізації права на захист України відповідно до п. 22 ППП передбачається Порядком, який на

виконання відповідного закону затвердив Кабінет Міністрів України⁵. Згідно з п. 2 цього документа застосування цивільними особами вогнепальної зброї визнається правомірним виключно «якщо в інший спосіб і за допомогою інших засобів захистити себе чи охоронюваний об'єкт у такій ситуації неможливо». Більше того, у п. 3 того ж Положення передбачено, що «застосування вогнепальної зброї повинне здійснюватися таким чином, щоб заподіяти мінімальну шкоду в кожній конкретній ситуації».

Таким чином, Кабмін зробив спробу привнести до підстави реалізації права на захист України із застосуванням зброї елемент підстави крайньої необхідності. Тим самим Кабмін покладає на суб'єкта цього права додатковий обов'язок: в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту спеціально піклуватися про інтереси агресора, думати про те, як би не заподіяти цим інтересам надмірної шкоди шляхом застосування вогнепальної зброї і застосовувати останню лише після переконання у тому, що іншим (м'якшими, лагіднішими, менш шкідливими для агресора способами) протидіяти йому неможливо. Думаю, що і в силу абсурдності таких вимог, й у зв'язку із тим, що основні обов'язки громадянина визначаються виключно законом (п. 1 ч. 1 ст. 92 Конституції) ці положення Порядку не повинні застосовуватися судами.

З огляду на викладене, єдиною підставою реалізації цивільною особою права на заподіяння шкоди під час захисту України як на підставі ст. 43-1, так і на підставі п. 22 ППП КК, слід вважати агресію іноземної держави проти України.

Ознаки правомірності поведінки особи за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, складають у своїй сукупності склад правомірної поведінки особи, яка

⁵ 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: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. № 448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-p/print>.

реалізує відповідне своє суб'єктивне право.

Суб'єктом цієї поведінки, як це визначено вище, є *цивільні особи*, а також особи, які згідно Женевських конвенцій мають статус:

- 1) медичного персоналу,
- 2) духовного персоналу,
- 3) осіб, що супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їхнього складу (цивільні члени екіпажів військових літаків чи кораблів, військові кореспонденти, постачальники, особовий склад робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил тощо),
- 4) шпигунів,
- 5) найманців та ін.

Визначені Конвенціями правові наслідки захоплення цих осіб ворогом (зокрема, будуть вони вважатися військовополоненими чи ні) не впливають на визначені КК правові наслідки правомірного заподіяння ними шкоди ворогові.

Об'єкт, якому ці особи можуть правомірно заподіяти шкоду, в ч. 1 ст. 43-1 КК визначений як життя або здоров'я особи, що здійснює агресію, або «правоохоронювані інтереси», при чому останні – невідомо чий. У ч. 3 тієї ж статті згадується про можливість правомірного заподіяння шкоди майну, але знову ж таки – без вказівки на його власника. У п. 22 ППП об'єктом правомірного заподіяння шкоди названі «особи, які здійснюють збройну агресію проти України». Затверджений Кабміном Порядок уточнює, що це мають бути «особи, причетні до збройної агресії», а також зброя, бойова техніка, транспортні або технічні засоби, що перебувають у їхньому користуванні (п. 4). Особами, причетними до збройної агресії, цим Положенням з посиланням на аналогічний документ, що стосується виконання іншими суб'єктами свого обов'язку щодо захисту України, визнається «особовий склад регулярних з'єднань і підрозділів іноземних держав, підрозділів та спеціальних формувань, підпорядкованих іншим

силовим відомствам іноземних держав, іррегулярних незаконних збройних формувань, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих іноземною державою, їх радники та інструктори, а також персонал окупаційної адміністрації іноземної держави (яку становлять її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та підконтрольні іноземній державі самопроголошені органи, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України)»⁶.

Таким чином, за змістом ст. 43-1 і п. 22 ППП КК (з урахуванням розширеного тлумачення останнього у Порядку) *об'єктом правомірного заподіяння шкоди при захисті України від іноземної агресії є:*

1) життя, здоров'я і свобода осіб, які здійснюють агресію. Під такими особами слід розуміти:

а) політичне і військове керівництво держави-агресора, яке здійснює агресію проти України у формі її планування чи розв'язання⁷;

б) військовослужбовців збройних сил держави-агресора чи службовців підпорядкованих державі-агресору військових чи воєнізованих формувань (наприклад: «росгвардія», «казаки», «кадирівці», приватні військові компанії тощо), незалежно від того, чи беруть вони безпосередню участь в агресії проти України, чи ні;

в) персонал окупаційних адміністрацій чи інших подібних квазі-органів «влади», створених чи керованих іноземною державою на тимчасово окупованих територіях України;

г) персонал незаконних збройних формувань з числа громадян України чи іноземних громадян, створених чи керованих державою-

⁶ Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України № від 10 жовтня 2018 р. № 828. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-p/print>.

⁷ Навроцький В. Що вчинили Путін & К° щодо України? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2014/03/13/7018693/>.

агресором (т. зв. «народна міліція» донецької чи луганської «народних республік» тощо);

2) зброю, військову техніку та інше майно, що використовується вищеназваними суб'єктами, для здійснення агресії проти України, незалежно від того, правомірно вони їм належні, чи були неправомірно захоплені ними.

І суб'єкти, згадані у п. 1, і предмети, названі у п. 2, є об'єктом правомірного заподіяння шкоди при захисті України як тоді, коли вони знаходяться на території України, так і тоді, коли вони знаходяться за її межами: як у державі-агресорі, так і в будь-якій іншій державі чи за межами будь-якої. З огляду на це в умовах нинішньої війни слід визнавати правомірним, наприклад, знищення чи заподіяння іншої шкоди на території самої Росії чи в будь-якій іншій точці світу:

1) російського політичного чи військового керівництва, причетного до розв'язання і ведення агресії, а також російських військових, незалежно від того, беруть вони безпосередню участь в агресії чи ні;

2) російської військової техніки, військових баз, військових складів (у тому числі – збройних, паливних, продуктових тощо), транспортних комунікацій, що використовуються для військових перевезень, тощо.

Неоднозначним виглядає питання про правомірність заподіяння іншої шкоди державі-агресору, такої, зокрема, як: підрив її економічної чи банківської системи, інформаційної безпеки, продовольчої безпеки, створення чи стимулювання соціальних конфліктів на її території тощо. Такі діяння, хоч і шкодять агресорові, але явно не охоплюються ні ст. 43-1, ні п. 22 ППП КК. Тому питання про їх правомірність має вирішуватися на підставі ст. 36 (необхідна оборона), 39 (крайня необхідність) та інших КК, а також відповідно до інших норм як національного, так і міжнародного, як писаного, так і природного права.

Заподіяння під час захисту України шкоди іншим суб'єктам, окрім агресора (зокрема: шкоди інтересам України, її громадян чи юридичних осіб;

шкоди інтересам іноземних держав, що не здійснюють агресії проти України, їхнім громадянам чи юридичним особам) не охоплюється складом правомірної поведінки відповідно до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК. Питання про правомірність заподіяння такої шкоди також може бути вирішене з урахуванням норм про необхідну оборону, крайню необхідність та інші обставини, що виключають кримінальне правопорушення. І лише за відсутності усіх цих обставин особа, яка заподіяла таку шкоду, може підлягати кримінальній відповідальності.

З об'єктивної сторони поведінка людини, яка реалізує своє право на захист України, визначається двома ознаками – суспільно корисним діянням і часом його вчинення.

Суспільно корисне діяння при цих обставинах, що виключають кримінальне правопорушення, може бути лише активним. Це прямо витікає з п. 22 ППП, де йдеться про «застосування зброї», яке полягає у «веденні стрільби з вогнепальної зброї» (п. 2 Положення). На жаль, у ч. 1 ст. 43-1 КК допущена груба помилка: допускається можливість відсічі збройній агресії та стримування її шляхом бездіяльності. Безумовно, це не так – у бездіяльності ні відсіч агресії, ні стримування її, полягати не можуть.

За своїми зовнішніми (формальними, об'єктивними) властивостями активна дія особи з захисту України збігається з ознаками кримінального правопорушення. Власне, саме через це і постає проблема відмежування такої дії від кримінального правопорушення і виключення кримінальної відповідальності за неї. Зокрема, така дія може підпадати під ознаки убивства, тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, знищення чи пошкодження майна тощо. Водночас, закон вимагає, щоб така дія не підпадала під ознаки «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» (ч. 1 ст. 43-1 КК). З одного боку, такі

законодавчі застереження є слухними, адже катування, дійсно, виключає правомірність діяння особи, оскільки здійснюється з метою, відмінною від правомірного захисту України. З іншого боку, є достатньо спірним намагання законодавця поширити на цивільних осіб вимоги щодо законів і звичаїв війни, які міжнародними Конвенціями встановлюються виключно для комбатантів. Навряд чи можна вимагати від приватної особи знання, а відтак – і виконання цих Конвенцій. Підвищені вимоги щодо правил ведення війни можуть стосуватися лише спеціальних суб'єктів (комбатантів) і не можуть поширюватися на осіб, що не володіють цим статусом. Тому якщо така особа при захисті України вчинить діяння, яке формально підпадає під порушення законів і звичаїв війни, то за відповідності усім іншим вимогам, встановленим КК, її діяння має визнаватися правомірним.

Час вчинення. У ч. 1 ст. 43-1 КК визначається така ознака об'єктивної сторони передбаченого нею правомірного діяння, як вчинення його «в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту». У п. 22 ППП нічого подібного не передбачається, але зі змісту ст. 1 закону, яким цей пункт було запроваджено, випливає, що застосування зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, є правомірним лише «у період дії воєнного стану».

Збройний конфлікт – це «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)»⁸. Воєнний стан – це «особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню,

⁸ Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/print> (п. 7 ч. 1 ст. 1).

військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень»⁹.

У тому, що «період збройного конфлікту» стосується саме часу вчинення діяння, сумнівів немає, а аргументи стосовно того, що «воєнний стан» також є часом, а не обстановкою вчинення діяння, наведені мною в іншій публікації¹⁰. З огляду на це, правомірним слід вважати заподіяння шкоди відповідно до ст. 43-1 КК і п. 22 ППП *під час, коли воєнний стан оголошений хоча б на частині території України*. При чому у будь-який момент воєнного стану – від його введення і до закінчення, незалежно від того, чи в конкретний момент заподіяння ворогові шкоди він чинить якісь активні дії. Більше того, під час воєнного стану шкода може бути правомірно заподіяна як на тих територіях України, де запроваджено воєнний стан, так і на інших її територіях, а також і за межами України.

Окрім того, згідно ч. 1 ст. 43-1 КК правомірним є заподіяння шкоди при захисті України і під час збройного конфлікту (див. вище), коли воєнний стан не оголошувався.

З суб'єктивної сторони правомірне заподіяння шкоди агресорові передбачає належний психо-вольовий контроль особи за вчинюваним нею правомірним діянням, а також визначену законом мету такої дії. *Психо-вольовий контроль* особи за її правомірним діянням під час правомірного заподіяння шкоди агресорові (при вчиненні кримінального правопорушення

⁹ Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19/print> (ст. 1).

¹⁰ Пономаренко Ю. А. Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 179–192. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668>.

аналогічна суб'єктивна ознака називається «вина») полягає в тому, що особа усвідомлює правомірність і суспільну корисність своєї дії, спрямованої на заподіяння шкоди інтересам агресора, передбачає настання для нього шкоди і бажає або свідомо допускає її настання. Крім того, КК визначає також обов'язкову *мету правомірного заподіяння шкоди агресору*, яка у ч. 1 ст. 43-1 КК визначена як «відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни», а в п. 22 ППП – не визначена, проте з урахуванням положень ст. 1 Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України», можна стверджувати, що вона є такою ж самою. Об'єктивне заподіяння ворогові шкоди, але вчинене з іншою метою (наприклад – корисливою), виключає застосування до особи положень ст. 43-1 чи п. 22 ППП КК.

Межі правомірного заподіяння шкоди за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, визначені достатньо непослідовно. Так, у ч. 1 ст. 43-1 КК правомірним названо заподіяння шкоди «життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію» або невизначеним «правоохоронюваним інтересам». Далі, правда, у ч. 3 тієї ж статті правомірним називається і «пошкодження чи знищення у зв'язку з цим [застосуванням зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України – Ю. П.] майна». Таким чином, будь-яка шкода життю чи здоров'ю агресорів, а також їхньому майну, за наявності підстави і ознак визначених ст. 43-1 КК, є правомірною.

У п. 22 ППП йдеться про те, що «цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України...» (п. 22 ППП). Тобто, встановлюється правомірність самого діяння, проте не визначається вид і обсяг наслідків, що можуть бути ним правомірно заподіяні. У Положенні, що регулює порядок здійснення права, передбаченого п. 22 ППП, правомірним

визнається «знищення зброї, бойової техніки, транспортних або технічних засобів, які перебувають у користуванні осіб, причетних до збройної агресії» та «запобігання та/або припинення діяльності, затримання, роззброєння або знешкодження осіб, причетних до збройної агресії». Отож, можна стверджувати, що п. 22 ППП також визнає правомірним заподіяння шкоди життю, здоров'ю і майну агресора.

При цьому жодних обмежень на обсяг такої шкоди (кількість убитих чи поранених агресорів, кількість чи вартість знищеного їхнього майна) ні ст. 43-1 КК, ні п. 22 ППП не встановлюють. Зрештою, це й не дивно, оскільки держава має заохочувати заподіяння якомога більшої шкоди агресорові задля пришвидшення перемоги над ним. Відтак *правомірним слід вважати заподіяння смерті чи тілесних ушкоджень будь-якій кількості агресорів, знищення чи пошкодження будь-якої кількості майна агресора.*

Відповідальність за перевищення меж правомірного заподіяння шкоди за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, законом не встановлена через те, що будь-яка шкода заподіяна агресорові, завжди визнається правомірною, а отже – і саме перевищення відповідних меж просто неможливе.

Водночас, ч. 4 ст. 43-1 КК передбачає достатньо дивний припис про те, що «Не вважається виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, яке явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування, 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». Передусім, цікавим є набір ознак несхвалюваного законом діяння. Воно (саме діяння, а не заподіяна ним шкода!) повинно володіти сукупно трьома

ознаками:

- 1) явно не відповідати:
 - а) небезпечності агресії або
 - б) обстановці відсічі та стримування,
- 2) не бути необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та
- 3) створити загрозу:
 - а) для життя інших людей
 - б) екологічної катастрофи чи
 - в) настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Авторові цих рядків важко уявити, яке діяння щодо опору та відсічі агресору (та і яка шкода, заподіяна агресорові), що їх можуть вчинити (заподіяти) цивільні особи, може не відповідати небезпечності агресії проти України. Важко уявити й таку обстановку відсічі та стримування агресії, якій може не відповідати таке діяння цивільної особи. Не вистачає уяви й для того, щоб змодельовати те діяння, яке не буде необхідним «для досягнення значної суспільно корисної мети» (а саме такою метою і є захист Батьківщини) «у конкретній ситуації» відсічі агресорові. Ну і, нарешті, якщо діяння, яким заподіюється шкода агресорові, одночасно створює «загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу [більшого за кого чи за що? – Ю. П.]», то факт створення цієї загрози, з одного боку, не скасовує правомірності заподіяння шкоди агресорові, а з іншого – може бути самостійною підставою кримінальної відповідальності, якщо містить склад самостійного кримінального правопорушення.

Видається, що ч. 4 ст. 34-1 КК побудована на колись відомому лозунгу «бий, але не до смерті» і становить собою конгломерат слів і словосполучень, насмиканих з інших статей розділу VIII Загальної частини КК, еkleктично поєднаних у текст, що не лише теоретично нечитабельний, але й практично

не може бути застосований без порушення прав людини. А відтак може бути лише повторений вище сформульований висновок про *неможливість перевищення меж заподіяння шкоди при захисті України від агресії*.

Викладене дає підстави зробити наступні висновки.

1. Внесені законодавцем дві новели щодо обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану, співвідносяться між собою як загальний (ст. 43-1 КК) і спеціальний (п. 22 ППП) приписи. Своєю чергою, є підстави порушити питання про те, що положення ст. 43-1 КК мають співвідноситися як спеціальні із ще більш загальними положеннями ст. 36 КК, але воно потребує окремого дослідження.

2. При доповненні Кодексу ст. 43-1 КК і п. 22 ППП законодавець припустився низки не лише формальних, а й змістовних неточностей, які, вочевидь, були обумовлені як поспішністю прийняття відповідних законів, так і загальною надвисоконпруженою ситуацією в країні у цей час. Задля їх виправлення та подальшого удосконалення досліджуваних положень потрібне продовження наукових досліджень проблематики виключення кримінальної відповідальності за шкоду, заподіяну цивільними особами при захисті України.

3. Розвиток кримінального законодавства України в частині обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану, може враховувати ідеї, закладені до проєкту закону № 7156, у розробці якого брав участь автор цих рядків як член Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України. Серед іншого, тим законопроєктом було передбачене доповнення КК (замість ст. 43-1 і п. 22 ППП) статтею 36-1 такого змісту:

«Стаття 36-1. Захист України від іноземної агресії»

1. Кожна особа має право на захист України від іноземної агресії усіма доступними їй засобами.

2. Не є кримінальним правопорушенням заподіяння з метою захисту

України будь-якої шкоди іноземній державі-агресору, її організаціям чи представникам, включаючи військовослужбовців її збройних сил, інших воєнізованих чи парамілітарних формувань (за винятком її цивільного населення, що не бере участі в бойових діях)»¹¹.

4. Доповнення Кодексу новими обставинами, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану, можливо й мало невеликий пропагандистський ефект і обмежений стимулюючий вплив на поведінку цивільних осіб, які захищають Україну від російської агресії. Однак, їх регуляторний вплив на правовідносини шляхом застосування органами досудового розслідування чи судами навряд чи буде навіть таким.

5. З огляду на низку відзначених вище суперечностей, неоднозначностей і прогалин, закладених до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК, їх можливе правозастосовне тлумачення повинно здійснюватися виключно в інтересах особи, яка захищала Україну. Зокрема, мають бути максимально широко тлумачені положення про підставу, ознаки і межі правомірного заподіяння шкоди ворогові. З іншого боку, має бути абсолютно неприпустимим таке тлумачення, в результаті якого буде встановлена можливість перевищення меж заподіяння шкоди агресорові.

Список використаних джерел

1. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.) та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. 1128 с.
2. Навроцький В. Що вчинили Путін & К° щодо України? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2014/03/13/7018693/>.
3. Пономаренко Ю. А. Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 179–192. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668>.
4. Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними

¹¹ Проект Закону про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (щодо кримінальної відповідальності осіб під час особливого періоду та в умовах надзвичайного стану): проект закону від 13 березня 2022 р. № 7156. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39213>.

завдань щодо відсічі збройної агресії проти України: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 828. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-п/print>.

5. 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: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. № 448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-п/print>.

6. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану: Закон України від 15 березня 2022 р. № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20/print/>.

7. Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20/print>.

8. Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/print>.

9. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19/print/>.

10. Проект Закону про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (щодо кримінальної відповідальності осіб під час особливого періоду та в умовах надзвичайного стану): проект закону від 13 березня 2022 р. № 7156. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39213/>.

REFERENCES

1. Konstytutsiia Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar. (2011). V. Ya. Tatsiy (editor-in-chief) and others.; Nat. acad. of Law Sciences of Ukraine. 2nd ed., reworked. and add. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
2. Navrotskyi, V. Shcho vchynyly Putin & K^o shchodo Ukrainy? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2014/03/13/7018693/> [in Ukrainian].
3. Ponomarenko, Yu.A. (2019). Kryminalno-pravovi naslidky zaprovadzhennia v Ukraini voiennoho stanu. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 179–192*. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668> [in Ukrainian].
4. Poriadok zastosuvannia zbroi i boiovoi tekhniky ziednanniamy, viiskovymy chastynamy i pidrozdilamy Zbroinykh Syl pid chas vykonannia nymy zavdan shchodo vidsichi zbroinoi ahresii proty Ukrainy: Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of October 10, 2018 № 828. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-п/print> [in Ukrainian].
5. Poriadok zastosuvannia tsyvilnymy osobamy vohnepalnoi zbroi pid chas uchasti u vidsichi ta strymuvanni zbroinoi ahresii Rosiiskoi Federatsii ta/abo

inshykh derzhav proty Ukrainy u period dii voiennoho stanu: Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of April 15, 2022 № 448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-п/print> [in Ukrainian].

6. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo vyznachennia obstavyn, shcho vykliuchaiut kryminalnu protypravnist diiannia ta zabezpechuiut boiovyi imunitet v umovakh dii voiennoho stanu: Law of Ukraine of March 15, 2022 № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20/print> [in Ukrainian].

7. Pro zabezpechennia uchasti tsyvilnykh osib u zakhysti Ukrainy: Law of Ukraine of March 3, 2022 № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20/print> [in Ukrainian].

8. Pro natsionalnu bezpeku Ukrainy: Law of Ukraine of June 21, 2018 № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/print> [in Ukrainian].

9. Pro pravovyi rezhym voiennoho stanu: Law of Ukraine of May 12, 2015 № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19/print> [in Ukrainian].

10. Proekt Zakonu pro vnesennia zmin i dopovnen do Kryminalnoho ta Kryminalnoho protsesualnoho kodeksiv Ukrainy (shchodo kryminalnoi vidpovidalnosti osib pid chas osoblyvoho periodu ta v umovakh nadzvychainoho stanu): Draft Law № 7156 of March 13, 2022. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39213> [in Ukrainian].

Ponomarenko Yu. A. Novelization of the provisions of the Criminal Code on circumstances that exclude a criminal offense under martial law

The article is devoted to the analysis of lawful behavior of civilians, who during and in order to protect Ukraine cause harm to the aggressor state. Relevant amendments to the Criminal Code of Ukraine (Articles 43-1 and 22 of the Final and Transitional Provisions), which were introduced during the large-scale war with Russia, have been studied.

It has been established that both of these legal norms provide for a subjective right, but not a legal obligation, of an individual (not a combatant) to harm the lives of soldiers and government officials of the aggressor state, property interests of the aggressor state, etc. The basis for a person to exercise this subjective right has been determined. The signs that the lawful behavior of a person defending Ukraine from foreign aggression should correspond to are established. In particular, it is established that such conduct must be directed exclusively against the interests of the aggressor state and may not harm anyone else's interests. The lawful infliction of harm is possible at any time from the imposition of martial law to its termination. The purpose of the lawful establishment of the school is solely to protect Ukraine from foreign aggression.

The limits of lawful infliction of harm to the aggressor are separately analyzed and it is concluded that the current criminal legislation of Ukraine allows

the possibility of inflicting any kind and amount of harm to the aggressor. On this basis, it was concluded that it is impossible to exceed the limits of lawful harm to the aggressor, and hence – the impossibility of criminal liability for exceeding such limits.

A number of recommendations for courts and pre-trial investigation bodies on the practical application of Art. 43-1 and paragraph 22 of the Final and Transitional Provisions of the Criminal Code. Separately formulated and substantiated proposals for amendments to the Criminal Code of Ukraine aimed at improving the analyzed norms.

Key words: *criminal law, military criminal law, circumstances that exclude a criminal offense, criminal liability, martial law.*