

«БОЙОВИЙ ІМУНІТЕТ»: АНАЛІЗ СКЛАДУ ПРАВОМІРНОГО ЗАПОДІЯННЯ ШКОДИ ПІД ЧАС ЗАХИСТУ УКРАЇНИ

ЯРЕМКО Галина Зіновіївна - к.ю.н., доцент, Львівський державний університет внутрішніх справ, кафедра кримінально-правових дисциплін

ORCID-ID: 0000-0003-4333-0424

УДК 343.223:344.12

DOI: <https://doi.org/10.32782/LAW.UA.2024.1.17>

Здійснено аналіз інституту так званого бойового імунітету як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння.

Така норма введена в Кримінальний кодекс України Законом України «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» від 15 березня 2022 року № 2124-IX. Такий законодавчий крок є спробою сформувати своєрідний правовий амортизаційний механізм, який би надійно убезпечив тих, хто захищає Україну від збройної агресії, від будь-яких необгрунтованих ризиків бути притягнутим до відповідальності за заподіяння шкоди в ході такої діяльності.

У статті послідовно проаналізовано склад правомірного заподіяння шкоди при захисті Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона), визначено її місце серед існуючої системи обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння.

Проведений аналіз складу виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (ст. 43-1 Кримінальний кодекс України), засвідчив відсутність необхідності виокремлення нової обставини, оскільки припис про заподіяння шкоди життю або здоров'я особи, яка здійснює збройну

агресію проти України (ст. 43-1 Кримінальний кодекс України), є спеціальним щодо припису про необхідну оборону (ст. 36 Кримінальний кодекс України). А припис про заподіяння шкоди правоохоронюванім інтересам під час захисту держави є спеціальним щодо припису про крайню необхідність (ст. 39 Кримінальний кодекс України). При цьому остання встановлює більш «привілейовані» межі правомірності заподіяння шкоди.

Ключові слова: бойовий імунітет, комбатант, кримінальна відповідальність, захист держави, збройна агресія.

Постановка проблеми

Законом України «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» від 15 березня 2022 року № 2124-IX Розділ VIII Загальної частини «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» Кримінального кодексу (далі – КК України) доповнено ст. 43-1 «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України». З одного боку, очевидним є, що такі законодавчі кроки соціально обумовлені, а відтак є спробою сформувати своєрідний правовий амортизаційний механізм, який би надійно убезпечив тих, хто захищає Україну від збройної агресії, від будь-яких ризиків бути притягнутим до відповідальності за заподі-

яння шкоди в ході такої діяльності. Однак, з іншого боку, інститут обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, гартувався титанами кримінально-правової наукової думки і вивірений часом. Логічно, що виникає питання про доцільність виокремлення нової обставини, норма про яку фактично може створити лише невикрадену конкуренцію норм.

Стан теоретичного дослідження

Система обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, ретельно досліджувалася в науці кримінального права. Проте заподіяння шкоди під час виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43-1 КК України) є новою обставиною, поява якої у КК України зумовлена збройною агресією Російської Федерації проти нашої держави. А тому відчувається сплеск наукового інтересу в умовах суспільного запиту. Зокрема, слід відзначити наукові пошуки таких авторів, як О.С. Бондаренко та М.А. Сіра [1], І.О. Колотуха [2], В.В. Кузнецов [3] та М.В. Сийпловіч [4], В.О. Навроцький [5], Н. Орловська Н. та М. Дерменжи [7], О.М. Шармар [8] тощо.

А тому **метою цієї статті** є аналіз складу правомірного заподіяння шкоди, а саме обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, передбаченої ст. 43-1 КК України «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», визначення її місця серед існуючої системи обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння. Одразу варто обумовити, що поняття «бойового імунітету» вжито, виходячи з положення Закону України «Про оборону» від 6 грудня 1991 року № 1932-ХІІ, який, власне, було доповнено поняттям бойового імунітету як інституту звільнення від відповідальності (абзац третій ст. 1). Вочевидь, що жоден інший нормативно-правовий акт, окрім кримінального закону України, не може встановлювати кримінально-правові наслідки, зокрема й підставу для звільнення від кримінальної відповідальності. Однак, оскільки поняття бойового імунітету було

введено в КК України Законом України від 15 березня 2022 року № 2124-ІХ одночасно із доповненням КК України ст. 43-1 «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», то є підстави вважати, що власне ці інститути мали б співпадати за змістом. А їх абсолютно різна правова природа (як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (ст. 43-1 КК України) та підстави для звільнення від кримінальної відповідальності (абзац третій ст. 1 Закону України «Про оборону» від 6 грудня 1991 року № 1932-ХІІ) є лише законодавчою непослідовністю. На що звертають увагу в літературі [3, с. 103; 4, с. 321; 7]. Хоча в результаті окремі автори пропонують передбачити правову регламентацію у Розділі VIII КК України «бойового імунітету» (ст. 43-2) як самостійну підставу [4, с. 324]. Інші ж автори в межах своїх наукових оглядів продовжують розглядати бойовий імунітет як підставу для звільнення від кримінальної відповідальності, а не обставину, що виключає кримінальну протиправність [1, с. 386]. А тому використання термінологічного звороту «бойовий імунітет» для позначення такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, є суто теоретичним.

Виклад основних положень

Послідовно доцільно здійснити огляд ознак правомірності заподіяння шкоди при виконанні обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Отож, ч. 1 ст. 43-1 КК України вказує, що не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, за відсутності ознак катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та

звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Як вказує В.О. Навроцький, кожна з обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, характеризуються певною сукупністю ознак, які в теорії кримінального права пропонують називати складом правомірних вчинків, який виключає кримінальну протиправність діяння [6, с. 512]. Скориставшись усталеним кліше складу такого діяння, доцільно розкрити ознаки заподіяння шкоди під час виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. Одразу варто наголосити, що у літературі справедливо вказується, що при вчиненні діяння за обставини, що виключає кримінальну протиправність такого, об'єкт не порушується та відсутня вина [6, с. 500]. Тому аналіз об'єкта та суб'єктивної сторони носить теоретично штучний характер, спрямований показати зовнішню схожість такого заподіяння шкоди із кримінальним протиправним діянням за наявності складової, яка власне виключає таку.

Отож, по-перше, щодо об'єкта, якому заподіюється шкода. Об'єктивно шкода заподіяна правовідносинам, проте такі правовідносини не є об'єктом кримінально-правової охорони, слідом не входять в загальний об'єкт.

Видається, обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, визначену у ст. 43-1 КК України, потрібно диференціювати на дві самостійні підстави, які вирізняються власне об'єктом, якому заподіюється правомірна шкода під час вчинення діяння, спрямованого на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, а саме законодавець вказує на:

- 1) життя або здоров'я особи, яка здійснює збройну агресію проти України;
- 2) правоохоронювані інтереси.

Щодо життя та здоров'я особи, яка здійснює агресію проти України, як об'єкта складу правомірного заподіяння шкоди, то видається, що ключовою правотворчою ознакою є те, що особа, якій заподіюється шкода, є такою, яка **здійснює** агресію (виді-

лено авт.: Я.Г.). Щоб зрозуміти сутність такої ознаки, необхідно розкрити поняття агресії.

Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 3314 «Визначення агресії» від 14 грудня 1974 року розкриває поняття агресії як застосування збройної сили державою (групою держав) проти суверенітету, територіальної цілісності, політичної незалежності іншої держави або народу (нації), несумісне зі Статутом Організації Об'єднаних Націй (ст. 1). Тобто фактично йдеться про особу, яка в міжнародному гуманітарному праві називається комбатантом (особи, які входять до складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті (крім медичного і духовного персоналу) та мають право брати безпосередню участь у воєнних діях (ч. 2 ст. 43 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року)).

Так, у п. 39 Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, затверджений Наказом Міністерства оборони України від 23 березня 2017 року № 164, вказано, що до некомбатантів (особи, які входять до складу збройних сил та надають їм допомогу, але безпосередньої участі у воєнних діях не беруть: медичний і духовний персонал, інтенданти, військові кореспонденти, юристи тощо), не має застосовуватися зброя, якщо вони зайняті виконанням своїх безпосередніх обов'язків.

Отож, вказівка на заподіяння шкоди життю чи здоров'ю особи, яка здійснює збройну агресію проти України, відноситься до комбатантів чи прирівняних до них в міжнародному гуманітарному праві осіб. Так, справедливо вказують у літературі, що такими, окрім власне військовослужбовців, які виступають на стороні країни-агресора, є, зокрема, найманці або інші особи, які здійснюють озброєну агресію проти України [4, с. 323].

Та чи передбачає статус комбатанта чи прирівняної в міжнародному гуманітарному праві до нього особи безумовну можливість правомірного заподіяння йому такої шкоди стороною противника? Однозначно, ні. Закони війни визначають, що воюючі сторони

не користуються необмеженим правом у виборі засобів завдання шкоди супротивнику (ст. 22 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 року). А ст. 23 цієї Конвенції визначає, що, крім заборон, передбачених спеціальними конвенціями, особливо забороняється, зокрема, застосовувати отруту або отруєну зброю; віроломно вбивати чи ранити осіб, що належать до нації або армії супротивника; вбивати чи ранити супротивника, який, склавши зброю або більше не маючи засобів захисту, беззастережно здався; оголошувати, що жодної пощади не буде; застосовувати зброю, снаряди або речовини, здатні завдати зайві страждання. Аналогічно підп. ві п. б ч. 2 ст. 8 Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду вказує, що для цілей цього Статуту «воєнні злочини» означає, зокрема, інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах у встановлених рамках міжнародного права, а саме будь-яке з таких діянь, як-от: вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався.

Тобто життя та здоров'я комбатанта, який обеззброєний чи позбавлений засобів захисту, є під абсолютною охороною, фактично він уже не вважається таким, що здійснює збройну агресію проти України. Так, в абзаці 3 п. 1 Розділу 3 «Заборонені методи і засоби ведення воєнних дій» Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, затверджений Наказом Міністерства оборони України від 23 березня 2017 року № 164, міститься заборона убивати або завдавати поранення особам, яких визнано чи яких за даних обставин належить визнати особами, які вибули зі строю (*hors de combat*). Особою, що вибула зі строю, вважається будь-яка особа, яка: перебуває під владою супротивної сторони; зрозуміло виражає намір здатися в полон; непритомна чи яким-небудь іншим чином виведена зі строю внаслідок поранення чи хвороби й тому не здатна оборонятися, за умови, що в будь-

якому разі ця особа утримується від ворожих дій і не намагається втекти.

Своєю чергою, ч. 1 ст. 43 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року вказує, що будь-який комбатант, який потрапляє під владу супротивної сторони, є військовополоненим. Життя ж військовополонених також уже під правовим захистом.

А тому в ч. 1 ст. 43-1 КК України вказівка на те, що особа, життю або здоров'ю якої заподіюється шкода, здійснює збройну агресію проти України, є ключовою ознакою. Бо такі особи фактично позбавлені абсолютного правового захисту їх життя та здоров'я. Їх життя та здоров'я охороняється лише обмеженням засобів та способів заподіяння такої шкоди, що впливає із законів та звичаїв війни. Можна визначити приналежність життя або здоров'я особи, яка здійснює збройну агресію проти України, до обмежено охоронюваних правовідносин. Мабуть, такий термінологічний зворот може викликати збурення серед теоретиків права. Втім, вочевидь, у поприщі теорії права повинен бути термінологічний відповідник, який би відображав винятки, при яких права людини, які усталено вважаються абсолютними та непорушними (такі, як право на життя та здоров'я) «виводяться» з-під правової охорони.

Друга група правовідносин, яким може заподіюватися шкода в ході виконання обов'язку щодо захисту, це правоохоронювані інтереси. Не вдаючись в чи не одвічну дискусію про розуміння об'єкта кримінально-правової охорони як правовідносин, суспільних відносин, інтересів, благ, цінностей тощо, видається доцільним підкреслити законодавчу вказівку саме на «правоохоронювані» інтереси. Тобто законодавець виокремлює життя або здоров'я особи, яка здійснює збройну агресію проти України, та правоохоронювані відносини. При цьому не вказує, як в численних кримінально-правових приписах, на «інші» правоохоронювані інтереси, а розмежовує їх як цілком самостійні. І таке законодавче формулювання заслуговує на схвалення. Оскільки, як об-

грунтувалася вище, життя або здоров'я особи, яка здійснює збройну агресію проти України, є обмежено охоронюваними правовідносинами.

При цьому під іншими правоохоронюваними слід розуміти заподіяння шкоди життю, здоров'ю, власності чи інших охоронюваним правовідносинам, суб'єктами яких виступають інші, окрім власне агресорів, особи, в ході відсічу чи стримування збройної агресії проти України.

Щоправда, в літературі висловлюється й інша думка, а саме, що правоохоронювані інтереси можуть бути пов'язані як з представником країни-агресора (власність військовослужбовця РФ, його честь та гідність тощо), так і стосуватися інших відносин у межах України (наприклад, безпека руху) [4, с. 323]. Однак, така думка в частині того, що правоохоронювані інтереси можуть бути пов'язані з представником країни-агресора (власність військовослужбовця РФ), видається сумнівною. Законодавець виокремлює життя та здоров'я осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, оскільки такі є найбільш цінними, а закони та звичаї війни встановлюють межі дозволеності посягання на такі навіть у ході війни чи збройного конфлікту. Аналогічних обмежень щодо можливості посягання на власність представників держави-агресора немає.

Лише п. 9 ст. 23 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 року містить заборону знищувати або захоплювати власність ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагається військовою необхідністю. Однак, вказівка в ч. 1 ст. 43-1 КК України на те, що діяння спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, власне фактично і є нормативною вказівкою на так звану військову необхідність. Більше того, ч. 3 ст. 43-1 КК України прямо вказує, зокрема, що особа не підлягає кримінальній відповідальності за пошкодження чи знищення у зв'язку з цим майна.

Посягання ж на честь чи гідність представника держави-агресора у ході виконання діянь із захисту Вітчизни, незалеж-

ності та територіальної цілісності України як способу відсічі та стримування збройної агресії можливе хіба що у формі взяття заручників. Проте існує абсолютна заборона такого (Розділ 3 «Заборонені методи і засоби ведення воєнних дій» Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, затверджений Наказом Міністерства оборони України від 23 березня 2017 року № 164).

А тому видається, що вказівка у ч. 1 ст. 43 КК України на «правоохоронювані інтереси» відноситься до суб'єктів, якими виступають власне інші, окрім агресорів, особи, в ході відсічу чи стримування збройної агресії проти України. І йдеться не лише про суб'єктів держави, щодо якої ведеться агресія, але також і щодо представників держави-агресора, які, втім, безпосередньо не здійснюють таку агресію. Наприклад, некомбатанти – медичний і духовний персонал, інтенданти, військові кореспонденти, юристи, жертви збройного конфлікту тощо.

Щоправда, ч. 4 ст. 43-1 КК України містить суттєве обмеження щодо шкоди, яка вважається допустимою під час захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Так, вказується, 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:

- 1) явно не відповідає небезпечності агресії або обставинці відсічі та стримування,
- 2) не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та
- 3) створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу (виділено авт.: Я.Г.).

Отже, є три підстави, які сумарно (на це вказує сполучник «та») окреслюють межі неправомірності шкоди під час захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Перші дві підстави виглядають штучними. Адже агресія іншої держави проти України передбачає найвищий рівень

суспільної небезпеки. Діяння, що мають на меті стримати чи дати відсіч такій агресії, апріорі є такими, що мають на меті досягнення значної суспільно корисної мети. Як справедливо вказує В.О. Навроцький, «механічно перенісши положення про перевищення меж необхідної оборони в норму про захист Вітчизни, законодавець показав лише своє цілковите і повне нерозуміння співвідношення між цими кримінально-правовими інститутами. Адже меж шкоди ворогові не існує і не може існувати, про такі межі може просторікувати або «корисний ідіот», або прихований ворог» [5, с. 39].

А тому основний зміст обмежень криється у третій ознаці, тобто тому, що таке діяння створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу. Видається, що таке обмеження в умовах агресії проти України є абсолютно необґрунтованим, може стати суттєвою перешкодою під час виконання бойових завдань. Бо, наприклад, серед комбатантів чи неподалік часто перебувають інтенданти, духовний та медичний персонал, військово-полонені чи цивільне населення. І тому їх безкарне знищення, з урахуванням обмежень, визначених у ч. 4 ст. 43-1 КК України, фактично унеможливується. Однак! Резервною є норма про крайню необхідність, яка дозволяє заподіювати шкоду охоронюваним правовідносинам для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, при умові, якщо цю небезпеку в цій обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності (тобто заподіяна шкода є меншою або ж такою, що відвернена).

Втім, такий стан правового регулювання навряд чи виправданий. Адже фактично обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, передбачена ст. 43-1 КК України, звужує право на заподіяння шкоди правоохоронюваним відносинам у порівнянні з нормою про крайню необхідність. Звичайно, немає юридичних перешкод для застосування норми про крайню необхід-

ність у таких випадках. Але виникає питання, яка ж тоді була законодавча доцільність виокремлення норми про так званій бойовий імунітет (ст. 43-1 КК України), яка фактично більш жорстка за обмеженнями, ніж норма про крайню необхідність (ст. 39 КК України).

Отож, об'єкт складу аналізованої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, складний. А саме неохоронювані (обмежено охоронювані) правовідносини та охоронювані правовідносини. Така законодавча диференціація має важливе значення для встановлення співвідношення норми, закріпленої в ст. 43-1 «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», з іншими нормами про обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, що буде показано далі.

Щодо ознак об'єктивної сторони складу правомірної заподіяння шкоди під час виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України – то із законодавчого формулювання ч. 1 ст. 43 КК України можна виокремити такі обов'язкові ознаки:

- 1) діяння – дія або бездіяльність;
- 2) наслідки у вигляді шкоди життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або шкоди правоохоронюваним інтересам;
- 3) причинний зв'язок між діянням та наслідком;
- 4) обстановка – в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, що пов'язано з актом агресії РФ чи іншої держави;
- 5) негативна ознака – 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.

Встановлення більш конкретного змісту діяння можливе лише шляхом тлумачення негативної ознаки, а саме таке діяння може бути вчинене у будь-якій формі, за винятком катування чи застосування заборонених засобів ведення війни. Тлумачення ж таких заборонених засобів не входить у предмет

цього дослідження, оскільки займає чільне місце в поприщі міжнародного гуманітарного права та потребує детального вивчення міжнародно-правових приписів, які визначають межі дозволеного під час війни.

Щодо наслідків, то це питання уже детально розкривалося при аналізі змісту об'єкта. Доцільно лише підкреслити, що якщо йдеться про шкоду особі, яка здійснює збройну агресію проти України, то йдеться про шкоду життю чи здоров'ю. Що ж до правоохоронюваних інтересів – то така шкода може бути невизначеному колу об'єктів, а слідом, бути різною за змістом.

Причинний зв'язок немає якихось особливостей у складі правомірного заподіяння шкоди під час виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України в порівнянні з причинним зв'язком у складах кримінальних правопорушень. А тому недоцільно зупинятися в межах цього аналітичного огляду.

Важливою ознакою об'єктивної сторони, у якій зокрема «криється» правомірна складова такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, є обстановка заподіяння шкоди. Ч. 1 ст. 43-1 КК України вказує на те, що таке діяння, вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Окрім того, у відповідному приписі зазначено, що таке діяння спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни. Загалом, таке формулювання, у першу чергу, вказує на спрямованість умислу, чи радше, мету діяння, тобто визначає суб'єктивну сторону. Однак, водночас така вказівка означає, що особа діє в умовах відсічі чи стримування агресії іншої держави. Тобто характеризує обстановку, у якій заподіюється шкода. А тому доцільно послідовно з'ясувати зміст таких ознак.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389-VIII 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, 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.

Відповідно ж до п. 7 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 року № 2469-VIII збройний конфлікт – 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).

Поняття ж агресії як діяння, якому протиставляється заподіяння шкоди під час виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, розкривалося вище, при аналізі об'єкта, а точніше особи, якій заподіюється шкода.

Що ж до суб'єкта правомірного заподіяння шкоди під час виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України – то законодавчі приписи, закріплені у ст. 43-1 КК України, дають підстави для дискусійних міркувань. Так, у назві, а також у ч. 4 ст. 43-1 вказано на виконання саме обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. А от у ч. 2 цієї статті вказує, що кожна особа має право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України незалежно від можливості уникнення зіткнення, заподіяння шкоди або звернення за допомогою до інших осіб чи органів державної влади, Збройних Сил України. Такі формулювання ставлять питання про те, на яких суб'єктів поширюється дія припису про таку обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, – на тих, що виконують обов'язок щодо

захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, чи також і на тих, хто реалізує аналогічне право.

Ст. 65 Конституції України визначає захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України обов'язком громадян України. Слушно вказується в літературі, що коли ми згадуємо громадян України, то це є обов'язок, який офіційно може бути реалізований через службу, наприклад у Збройних Силах України, в інших військових формуваннях, правоохоронних органах, у територіальній обороні. Якщо громадянин України не перебуває на службі у відповідних підрозділах і самостійно знищує агресора, то це його право. Аналогічно якщо іноземець чи особа без громадянства вирішила захищати Україну, то це його однозначно право, а не обов'язок» [4, с. 321].

Вочевидь, що вказівка на «обов'язок» щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України в назві та ч. 4 ст. 43-1 КК України невиправдано звужує коло осіб, яким надано право на правомірне заподіяння шкоди. Бо соціальна сутність норми в тому, аби убезпечити осіб, які захищають Україну від агресора, від кримінальної відповідальності за заподіяння шкоди в ході такої суспільно корисної діяльності. А тому можна припустити, що це лише законодавча хиба, необачність, яка, без сумніву, потребує усунення, та допоки повинна вирішуватися, виходячи з кримінально-правового принципу «*In dubio mitius*».

А тому можна резюмувати, що суб'єктами правомірного заподіяння шкоди під час захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України може бути будь-яка особа, незалежно, чи реалізує вона обов'язок чи право щодо захисту України.

І.О. Колотуха пише, що право війни закріплює особливу привілею розпоряджатися людським життям за комбатантами або особами прирівняними до них на підставі норм міжнародного гуманітарного права [2, с. 172]. Зокрема, конкретизований перелік суб'єктів, які мають бойовий імунітет, визначено в Законі України «Про оборону» від 6 грудня 1991 року № 1932-ХІІ (абзац третій ст. 1), а саме вказується на військово командування, військовослужбовців, доброволь-

ців Сил територіальної оборони Збройних Сил України, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України, осіб, визначених Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України».

Що ж до суб'єктивної сторони заподіяння шкоди під час захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, то така шкода може бути заподіяна умисно чи необережно. Одразу варто відзначити нормативну некоректність вживання термінів «умисний» та «необережний». Адже визначені КК України форми вини передбачають наявність інтелектуальних та волевових складових, які при заподіянні шкоди в ході захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України фактично неприпустимі. Бо особа не оцінює своє діяння як суспільно небезпечне, а як суспільно прийнятне чи як суспільне корисне. А тому коректніше вказати, що заподіяння шкоди в ході захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України може бути вчинено намірено чи необережно. Звичайно, це не змінює сутності суб'єктивної сторони, але слова-замінники дозволяють уникнути закидів щодо відсутності вини в кримінально-правовому розумінні під час вчинення діяння, що виключає кримінальну протиправність діяння.

Окрім того, норма про так званий бойовий імунітет вказує, що таке діяння спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни. Фактично таке формулювання вказує на мету діяння. Тобто особа заподіює шкоду, бо така може стримати або ж дати відсіч збройній агресії іншої держави.

Провівши аналіз складу правомірного заподіяння шкоди, передбаченого ст. 43-1 КК України, доцільно поставити питання, а чи були б правомірними діяння осіб, які заподіяли шкоду під час захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, якщо б такої норми не було взагалі або ж до внесення змін до КК України. Відповідь на таке запитання є фактично оцінкою виваженості виокремлення нової підстави, що виключає кримінальну протиправність діяння.

Вище вже опосередковано аналіз торкався цих питань. При цьому відповідь на поставлене питання слід дати диференційовано, залежно від об'єкта, якому заподіюється шкода.

По-перше, щодо життя або здоров'я особи, яка здійснює збройну агресію проти України. Заподіяння шкоди агресору, тобто тому, хто фактично вчиняє суспільно небезпечне посягання, є ознакою інституту необхідної оборони. І особа, яка фактично захищає свою державу, є в стані необхідної оборони. Тому є підстави вважати, що припис про виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43-1 КК України) в частині заподіяння шкоди життю або здоров'ю особи, яка здійснює агресію, є спеціальною щодо норми про необхідну оборону (ст. 36 КК України). При цьому ч. 5 ст. 36 КК України допускає заподіяння необмеженої шкоди тому, хто посягає (у тому числі, життю та здоров'ю), у випадку, зокрема, захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб. Вочевидь, що збройна агресія передбачає ці ознаки.

А тому фактично і без включення обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, передбаченої ст. 43-1 КК України, у частині заподіяння шкоди особі, яка здійснює агресію, такі діяння вважалися правомірними з урахуванням інституту необхідної оборони (ст. 36 КК України).

По-друге, заподіяння шкоди іншим правоохоронним інтересам під час виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Заподіяння шкоди правоохоронним відносинам як відповідь на дійсну небезпеку є ознакою інституту крайньої необхідності. І без включення припису про правомірність заподіяння такої шкоди під час захисту держави такі діяння повинні визнаватися правомірними, виходячи з усіх ознак правомірності заподіяння шкоди в стані крайньої необхідності. Більше того, як вказувалось вище, ст. 39 КК України про крайню необхідність містить меншу кількість обмежень у частині правомірності заподіяння шкоди. А саме, на відміну від ч. 4 ст. 43-1 КК України, не ставить умовою

правомірності відсутність загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу. А лише вказує, що заподіяна шкода має бути меншою або ж такою, як відвернена. А таке обмеження в умовах агресії проти України може стати суттєвою перешкодою під час виконання бойових завдань.

А тому є підстави констатувати, що норма про крайню необхідність (ст. 39 КК України) є загальною щодо норми про заподіяння шкоди під час захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43-1 КК України). Більше того є більш привілейованою, оскільки встановлює менш суворі межі правомірності.

Висновки

У цілому, проведений аналіз складу виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (ст. 43-1 КК України) засвідчив необґрунтованість виокремлення нової обставини, оскільки припис про заподіяння шкоди життю або здоров'я особи, яка здійснює збройну агресію проти України (ст. 43-1 КК України), є спеціальним щодо припису про необхідну оборону (ст. 36 КК України). А припис про заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам під час захисту держави є спеціальним щодо припису про крайню необхідність (ст. 39 КК України). При цьому остання встановлює більш «привілейовані» межі правомірності заподіяння шкоди.

Виокремлення норми про так званій бойовий імунітет є радше законодавчим нагадуванням, що серед брязкання зброї закони таки не мовчать, а вони на стороні того, хто захищає свою Вітчизну.

Література

1. Бондаренко О.С., Сіра М.А. Поняття бойового імунітету та особливості його застосування в Україні. *Реформування правової системи в контексті євроінтеграційних процесів*: матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції (м. Суми, 19–20 травня 2022 року) / редколегія: проф.

А.М. Куліш, В.В. Миргород-Карпова, А.В. Стебляно. Суми. Сумський державний університет, 2022. С. 384-386.

2. Колотуха І.О. Вбивство під час збройного конфлікту – не злочин? *Науковий вісник Ужгородського університету*. Серія Право. 2011. Випуск 16. С. 172-173.

3. Кузнецов В.В. Передумови появи поняття «бойовий імунітет» у правовій системі України. *Наукові заходи Юридичного факультету Західноукраїнського національного університету*. 2023. С. 102-105.

4. Кузнецов В.В., Сийпловіч М.В. Кримінально-правова характеристика виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. *Юридичний науковий електронний журнал*. Запорізький національний університет. 2022 рік. № 4. С. 321-325.

5. Навроцький В.О. Виклики, що поставили перед українським кримінальним правом з початком українсько-російської війни. *Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (електронне видання), 20 квітня 2022 р. / упоряд.: Євген Письменський. Київ – Львів – Дніпро, 2022. С. 36-41.

6. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навчальний посібник. К.: Юрінком Інтер, 2006. 704 с.

7. Орловська Н., Дерменжи М. Бойовий імунітет як кримінально-правова новела та його значення у запобіганні військовій злочинності. *Otul, criminologia, știința*. 2023. P. 394-397.

8. Шармар О.М. Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння. *Вісник асоціації кримінального права України*, 2022, 1(17). С. 24-35.

Yaremko Galyna

yaremkogalyna2017@gmail.com

«COMBAT IMMUNITY»: ANALYSIS OF THE COMPOSITION OF LEGITIMATE CAUSE OF DAMAGE DURING THE DEFENSE OF UKRAINE

The article analyzes the institution of the so-called combat immunity as a circumstance that excludes the criminal illegality of an act.

This norm was introduced into the Criminal Code of Ukraine by the Law of Ukraine «On Amendments to the Criminal Code of Ukraine and other legislative acts of Ukraine regarding the determination of circumstances that exclude the criminal illegality of an act and provide combat immunity under martial law» dated March 15, 2022 No. 2124-IX . Such a legislative step is an attempt to form a kind of legal depreciation mechanism that would reliably protect those who protect Ukraine from armed aggression from any risks of being prosecuted for causing harm in the course of such activities.

The article consistently analyzes the composition of legitimate harm in the defense of the Motherland, independence and territorial integrity of Ukraine» (object, objective side, subject, subjective side), determines its place among the existing system of circumstances that exclude criminal illegality deed.

The conducted analysis of the composition of the duty to protect the Motherland, independence and territorial integrity of Ukraine as a circumstance that excludes the criminal illegality of the act (Article 43-1 of the Criminal Code of Ukraine) proved the absence of the need to single out a new circumstance. Because the legal norm about the causing harm to life or health of a person, who commits armed aggression against Ukraine (Article 43-1 of the Criminal Code of Ukraine), is special regarding the legal norm about the necessary defense (Article 36 of the Criminal Code of Ukraine). And the legal norm about the harming law enforcement interests during the protection of the state is special in relation to the legal norm about extreme necessity (Article 39 of the Criminal Code of Ukraine). At the same time, the latter establishes more «privileged» limits of the legality of causing damage.

Key words: combat immunity, combatant, criminal responsibility, defense of the state, armed aggression.