**Обов’язок захищати Вітчизну і нові статті Кримінального кодексу**

Стаття 43-1. Виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України {Розділ VIII КК України доповнено статтею 43-1 згідно із Законом №2124-IX від 15.03.2022}

Закон від 15 березня 2022 р. №2124-IX набрав чинності 21 березня 2022 р. З цього дня обставини, визначені у ст. 43-1 Кримінального кодексу України (далі – КК), виключають кримінальну протиправність за будь-яке діяння, що описане як таке у цьому Кодексі.

Стаття 43-1. Виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України

1.  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.

2.  Кожна особа має право на захист Вітчизни, незалежності татериторіальної цілісності України незалежно від можливості уникнення зіткнення, заподіяння шкоди або звернення за допомогою до інших осіб чи органів державної влади, Збройних Сил України.

3.  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.

4.  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.

Відповідно до Конституції України (статті 17 і 65) захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є справою всього Українського народу; захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є обов’язком громадян України. Належне виконання громадянами своїх обов’язків має бути забезпечене державою. Це випливає зі ст. 23 Конституції України: кожна людина має обов’язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості.

Водночас у ст. 3 Конституції України визначено: права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

У цьому контексті слід звернути увагу на те, що у ст. 43-1 КК захист Вітчизни,  незалежності та територіальної цілісності України визначається і як обов’язок, і як право кожної особи.

Право, визначене у ст. 43-1 КК, є абсолютним: кожна особа має право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (далі – право на захист Вітчизни) незалежно від можливості уникнення зіткнення, заподіяння шкоди або звернення за допомогою до інших осіб чи органів державної влади, Збройних Сил України (ч. 2 ст. 43-1 КК).

Значення деяких термінів, застосованих у ст. 43-1 КК (цифрами позначені  ознаки, що визначають відповідне поняття)

1)  особа – будь-яка особа, яка має право або виконує обов’язок щодо захисту  Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, незалежно від наявності громадянства України, віку, статі та інших ознак;

2)  воєнний стан – це особливий правовий режим (політико-економічна ситуація), що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України чи її територіальній цілісності.

Він передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню і органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпеченнян аціональної безпеки, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав та свобод людини й громадянина і прав та законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень;

3)  поняття збройний конфлікт має правове значення для кваліфікації, якщо такий конфлікт відбувається поза межами воєнного стану  – у разі фактичного початку воєнних дій, але ще до оголошення воєнного стану, або взагалі у мирний час.

Збройний конфлікт може бути проявом гібридної війни – війни, основним інструментом якої є створення державою-агресором в іншій державі внутрішніх конфліктів з подальшим їх використанням для досягнення політичних цілей. При цьому сама держава-агресор намагається видаватися непричетною до розв’язаного конфлікту. Типовими компонентами гібридної війни є пропаганда та інші прояви інформаційної війни, економічне удушення, підтримка сепаратизму і тероризму, сприяння створенню нерегулярних збройних формувань, диверсійна діяльність, розширення мережі шпигунів тощо;

4)  особи, які здійснюють збройну агресію проти України, – будь-які особи, що відповідно до міжнародного гуманітарного права належать до комбатантів, тобто всі учасники збройного конфлікту міжнародного характеру:

а)  особовий склад регулярних збройних сил РФ;

б)  особовий склад формувань,  що входять або не входять до складу збройних сил РФ. Це військовослужбовці інших, крім збройних сил, військових формувань РФ:  Росгвардії, рятувальних військових формувань цивільної оборони,  служби зовнішньої розвідки, федеральної служби безпеки, органу державної охорони, військової прокуратури, слідчих органів слідчого комітету, федерального органу забезпечення мобілізаційної підготовки, спеціальних формувань, військових навчальних закладів тощо. Це також військовослужбовці збройних сил так  званих «ДНР» і «ЛНР», «ПВК», представники будь-яких інших збройних формувань, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора. Окрема категорія представників держави-агресора, –  це особи, які не визнаються комбатантами: найманці, тобто представники третіх країн, які воюють на боці РФ, і шпигуни (див. статті 46 і 47 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій, що стосуються захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол І) від 8 червня 1977 р.).

Умови, за яких діяння, передбачене КК України, не визнається кримінальним правопорушенням.  Відповідно до ч. 1 ст. 43-1 КК таке діяння:

1)  вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Воєнний стан в Україні оголошено з 24 лютого 2022 р. згідно з Указом Президента України від 24.02.2022 р. №64/2022 (в подальшому воєнний стан двічі продовжувався);

2)  спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії РФ або агресії іншої країни. Виходячи з цієї ознаки, не охоплюється положеннями ст. 43-1 КК, наприклад, вбивство військовополоненого або інше кримінальне правопорушення,  яке вчинене не у зв’язку з відсіччю чи стримуванням збройної агресії РФ або агресії іншої країни;

3)  спричинило шкоду:

а) життю або здоров’ю особи, яка здійснює агресію, або
б) будь-яким іншим 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.

4)  шкоду заподіяно шляхом застосування зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин:

а) особам, які здійснюють збройну агресію проти України, або
б) майну.

Частина 2 ст. 43-1 КК надає особі можливість (гарантії)  діяти рішуче інаступально: незалежно від того, чи можна уникнути зіткнення, заподіяння шкоди або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів державної влади чи Збройних Сил України.

Положення  ч.  3 ст. 43-1 КК дозволяє особі, яка реалізує право на захист Вітчизни, застосовувати зброю (озброєння), бойові припаси або вибухові речовини проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, та пошкоджувати і знищувати у зв’язку з цим будь-яке майно. Відповідальність за такі діяння не настає навіть у разі умисного знищення майна.

Водночас положення частин 1 і 4 ст. 43-1 КК попереджають про недопущення випадків перевищення виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Так, не вважається виконанням такого обов’язку діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, за сукупності таких умов:

1. діяння є умисним (це випливає зі спрямованості);
2. воно явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування;
3. воно не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та
4. ним створено загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Наприклад, ідеться про умисний удар артилерії чи мінометів по житлових будинках, серед яких стоять танки агресора, що спричинило загибель цивільного населення, або підрив мосту задовго до того, як війська агресора наблизились до нього,  що унеможливило проведення евакуації людей, або підрив дамби чи цистерн з небезпечною речовиною тощо. Також в законі прямо вказано, що перевищенням виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни вважаються: а) катування, б) застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, і в) інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Тому військовослужбовцям України на це треба зважати.

Кримінальне провадження, почате за фактом діяння, вчиненого у стані виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни (якщо не було перевищення її меж), підлягає закриттю внаслідок відсутності події кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 284 КПК).

Законом від 15 березня 2022 р. №2124-IX, крім доповнення КК статтею 43-1, внесено зміни до Закону «Про оборону України»  –  статтю 1 доповнено визначенням бойового імунітету.

«**Бойовий імунітет** – звільнення 1) військового командування, військовослужбовців, добровольців 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»,  від відповідальності,  у тому числі кримінальної, 2) за втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідки застосування збройної та іншої сили 3) під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України 4) із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння), 5) настання яких з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити при плануванні та виконанні таких дій (завдань) або які охоплюються виправданим ризиком, крім випадків порушення законів та звичаїв війни або застосування збройної сили, визначених міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України».

З цього визначення випливає, що змістом бойового імунітету є звільнення від відповідальності, у т. ч. кримінальної:

1)  таких суб’єктів – [представників] військового командування, військовослужбовців, добровольців Сил територіальної оборони Збройних Сил  України, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України, осіб, визначених Законом «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» (йдеться про всіх громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України);

2) за таких обставин – під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України;

3)  із застосуванням таких знарядь – будь-яких видів зброї (озброєння);

4)  за такі наслідки  – втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідки застосування збройної та іншої сили;

5)  за такого психічного ставлення до вказаних наслідків – «з урахуванням розумної обачності» (не кримінально-правовий термін):

а)  їх неможливо було передбачити при плануванні та виконанні таких дій (завдань) або

б)  їх можна було передбачити, але вони охоплюються виправданим ризиком, за винятком «випадків порушення законів та звичаїв війни або застосування збройної сили (?)», визначених міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України.

У цьому контексті слід нагадати, що умови виправданого ризику згідно зі ст. 42 КК такі:

* ризиковане діяння вчиняється для досягнення значної суспільно корисної мети;
* неможливо досягнути відповідної мети без вчинення ризикованого діяння;
* особа обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам;
* ризиковане діяння завідомо не створювало загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій.

[Остання умова абсолютно не вписується в «бойовий імунітет». Тому добре, що про виправданий ризик не згадується у ст. 35-1 КК].

При застосуванні ст. 43-1 КК судам, з урахуванням суперечностей між її текстом та визначенням «бойового імунітету» в Законі «Про оборону України», слід керуватися тільки положеннями ст. 43-1 КК. Помилка законодавця полягає в тому, що він створив такі суперечності.

У контексті ст. 43-1 КК також слід згадати, що згідно із Законом «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022  р. №2114-IX, який набрав чинності 7 березня 2022 р., Розділ II «Прикінцеві та перехідні положення» Кримінального кодексу України доповнено новим пунктом 22.

«22. **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».

З урахуванням положень статей 1 і 4 вказаного Закону визначені умови,  за яких діяння (застосування цивільними особами зброї) не визнається кримінальним правопорушенням:

1)  суб’єкт – спеціальний («цивільні особи» – громадяни України, а також іноземці та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України);

2)  діяння – застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України;

3)  обстановка  – у період дії воєнного стану, під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії РФ та/або інших держав;

4)  знаряддя – власна нагородна зброя, спортивна зброя (пістолети, револьвери, гвинтівки, гладкоствольні рушниці), мисливська нарізна, гладкоствольна чи комбінована зброя та бойові припаси до неї. Згідно зі ст. 3 Протоколу ООН про вогнепальну зброю вогнепальною зброєю є будь-яка переносна ствольна зброя, яка спричинює постріл та призначена або може бути легко пристосована для спричинення пострілу чи прискорення кулі або снаряду за рахунок енергії вибухової речовини, за винятком старовинної вогнепальної зброї або її моделей. Згідно з Інструкцією, затвердженою наказом МВС від 21 серпня 1998 р. №622 «вогнепальна зброя» – це зброя,  призначена для ураження цілей снарядами,  що одержують спрямований рух у стволі (за допомогою сили тиску газів, які утворюються в результаті згоряння метального заряду) та мають достатню кінетичну енергію для ураження цілі, що знаходиться на визначеній відстані. У Додатку №1 Європейській конвенції з контролю за придбанням та зберіганням вогнепальної зброї приватними особами (ETS № 101) (Україна до Конвенції не приєдналась), є дуже детальне визначення поняття «вогнепальна зброя»;

5) наслідки (шкода) не визначаються, тобто можуть бути будь-якими.

**Ст. 43-1 КК**–**П. 22 Розділу II**

1)  **суб’єкт** – загальний («кожна особа»)  –**суб’єкт** – спеціальний («цивільні особи»),

2)  **діяння** – будь-яке, спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії РФ або агресії іншої країни  –  **діяння** – застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України

3)  **обстановка** – в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту  – **обстановка**– у період дії воєнного стану, під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії РФ та/або інших держав

4)  **знаряддя** – зброя (озброєння), бойові припаси, вибухові речовини,будь-які інші засоби ведення війни, не заборонені міжнародним правом – **знаряддя** – власна нагородна зброя, спортивна зброя (пістолети, револьвери, гвинтівки, гладкоствольні рушниці), мисливська нарізна, гладкоствольна чи комбінована зброя та бойові припаси до неї

5)  **шкоду** заподіяно життю чи здоров’ю особи, яка здійснює агресію, або будь-яким іншим правоохоронюваним інтересам, але за відсутності ознак катування чи порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України  –  **наслідки (шкода)** не визначаються, тобто можуть бути будь-якими.

Проте, заборона порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами (у т.ч. і катування), презюмується.

Говорячи про співвідношення ст. 43-1 КК і п. 22 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» КК, слід виходити з того, що Закон від 15 березня 2022 р. №2124-IX регулює ті самі правові відносини, що і Закон «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р. №2114-IX. Але оскільки перший з названих законів прийнятий та став чинним пізніше і регламентує відповідні питання більш широко і детально, то ним фактично скасовано положення другого з названих законів, які з 21 березня 2022 р. не підлягають застосуванню.

[**Микола Хавронюк,  директор з наукового розвитку і член правління Центру політико-правових реформ**](https://racurs.ua/ua/blogger/Mykola-Khavroniuk.html)