

КРИМІНАЛЬНЕ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАЧЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ, КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС І КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.21

DOI <https://doi.org/10.32782/2409-4544/2023-1/13>

ЩОДО ПРОБЛЕМ НОВЕЛИ СТАТТІ 43-1 КК УКРАЇНИ (ВИКОНАННЯ ОBOB'ЯЗКУ ЩОДО ЗАХИСТУ ВІТЧИЗНИ, НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ УКРАЇНИ). НЕОБХІДНА ОБОРОНА

Андрусак Ганна Миколаївна,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Волинського національного університету імені Лесі Українки
ORCID ID: 0000-0003-1681-7384

Сьогодні Україна захищає свою національну безпеку та цілісність від агресії з боку РФ, щоденно продовжує бути мішенню різноманітних атак (артилерія, кібератаки, пропаганда і т.д.) спрямованих на державні установи критичної інфраструктури, навчальні заклади, приватний бізнес, українських громадян та їх житло. Заподіяння шкоди національній безпеці України прямо порушує права і свободи людини і громадянина. Тому кожна особа має право на самостійний захист усіх складових національної безпеки, а саме конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності, обороноздатності, які є іманентно необхідними, імперативними для забезпечення прав і свобод громадян України. Руйнування національної безпеки неминуче призводить до руйнації системи захисту усіх прав і свобод громадянина. Збройні Сили України чинять героїчний опір загарбникам, однак і пересічним громадянам доводиться самостійно захищати себе і своїх близьких від насильства з боку росіян.

Не лише законодавець, але й науковці оперативно реагують на ситуацію, що відбувається в державі. Тому виокремлення у необхідній обороні права на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є цілком логічним. Більше того, наведене як епіграф положення Конституції України є підтвердженням такого висновку. Захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу. Аналізуючи новелу ст. 43-1 КК України та необхідну оборону (ст. 36 КК України) властиві як спільні ознаки так і відмінні. Запропоновані зміни редакції нової статті, а також підняте питання про недоречність виокремлення серед майже двох сотень країн однієї, нехай і безпосереднього агресора. Слід діяти на перспективу та виключити згадку про РФ із цієї новели. Цілком достатньо поняття «агресія іншої країни».

Ключові слова: російсько-українська війна, самозахист, необхідна оборона, Вітчизна, агресія, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, національна безпека, територіальна цілісність.

Andrusyak Hanna. Regarding the problems of the amendment to Article 43-1 of the Criminal Code of Ukraine (Performance of the duty to protect the Motherland, independence and territorial integrity of Ukraine). Defense is necessary

Today, Ukraine defends its national security and integrity from aggression by the Russian Federation, daily continues to be the target of various attacks (artillery, cyber attacks, propaganda, etc.) aimed at state institutions of critical infrastructure, educational institutions, private businesses, Ukrainian citizens and their homes. Damage to the national security of Ukraine directly violates the rights and freedoms of a person and a citizen. Therefore, every person has the right to independent protection of all components of national security, namely the constitutional system, sovereignty, territorial integrity and inviolability, defense capability, which are immanently necessary and imperative to ensure the rights and freedoms of citizens of Ukraine.

The destruction of national security inevitably leads to the destruction of the system of protection of all rights and freedoms of the citizen. Therefore, it is quite logical to highlight the right to protect the Motherland, independence and territorial integrity of Ukraine in the necessary defense. Moreover, the provision of the Constitution of Ukraine given as an epigraph is a confirmation of such a conclusion. Protecting the sovereignty and territorial integrity of Ukraine, ensuring its economic and informational security are the most important functions of the state, the business of the entire Ukrainian people. Analyzing the novel of Art. 43-1 of the Criminal Code of Ukraine and the necessary defense (Article 36 of the Criminal Code of Ukraine) have both common features and distinctive features. Changes to the wording of the new article were proposed, as well as the question of the inappropriateness of singling out one, even a direct aggressor, among almost two hundred countries. It is necessary to act on the perspective and exclude the mention of the Russian Federation from this short story. The term «aggression of another country» is quite sufficient.

Key words: *Russian-Ukrainian war, self-defense, necessary defense, Motherland, aggression, Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, national security, territorial integrity.*

На сьогодні Україна потребує здатності передбачати, адаптуватись, запобігати та ефективно протидіяти сучасним загрозам оскільки на її долю випало чимало викликів XXI століття. Чітка законодавча визначеність, стійкість громадян та взаємодія сучасної міжнародної, регіональної безпеки – це важливі передумови забезпечення та відновлення територіальної цілісності України. Всією своєю історією наша держава довела, що її народ має стійку волю, витривалість та здатність себе захистити у разі збройної агресії або збройного конфлікту.

Значний внесок у дослідження необхідної оборони здійснили такі вчені: О. В. Авраменко, Ю. В. Александров, Г. М. Андрусак, П. П. Андрушко, В. В. Аніщук, М. В. Анчукова, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, О. М. Боднарук, Л. С. Белогриць-Котляревський, В. А. Блінніков, В. М. Бурдін, О. К. Газданов, В. О. Глушков, В. К. Грищук, Л. В. Гусар, О. О. Житний, М. В. Зенова, О. О. Кваша, О. М. Костенко, А. М. Красіков, І. В. Красницький, М. А. Лавренко, А. А. Музика, В. О. Навроцький, Б. М. Орловський, М. В. Панов, А. А. Піонтковський, Т. І. Присяжнюк, М. В. Сенаторов, М. О. Сергатий, О. Б. Сибаль, Є. Л. Сидоренко, І. І. Слуцький, М. С. Таганцев, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, О. І. Ющик та інші. Оскільки новела КК України, закріплена у ст. 43-1, є різновидом/проявом необхідної оборони, то можна передбачити, що і захист національної безпеки не буде безспірною підставою для визнання судами заподіяної шкоди правомірною. Ми неодноразово піддавали критиці таку хибну позицію:

«оскільки для захисту інтересів суспільства і держави існує система озброєних органів, то посягання на них не є підставою для реалізації права на необхідну оборону» [1, с. 58–59; 2]. Такий підхід не можливо сприйняти і сьогодні, в умовах триваючої російсько-української війни. Більше того, при визначенні змісту суспільно небезпечного посягання, яке є підставою застосування необхідної оборони, на перше місце слід ставити саме державні інтереси/національну безпеку, а не життя, здоров'я, власність.. Державні інтереси як об'єкт захисту вчені визначають як зовнішню безпеку та обороноздатність держави, її територіальну цілісність та недоторканність, державну, економічну та інформаційну безпеку, державну таємницю тощо [3, с. 133]. Заподіяння шкоди національній безпеці України прямо порушує права і свободи людини і громадянина. Тому кожна особа має право на самостійний захист усіх складових національної безпеки, а саме конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності, обороноздатності, які є іманентно необхідними, імперативними для забезпечення прав і свобод громадян України. Руйнування національної безпеки неминуче призводить до руйнації системи захисту усіх прав і свобод громадянина. Тому виокремлення у необхідній обороні права на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є цілком логічним. Більше того, наведене як епіграф до цієї статті положення Конституції України є підтвердженням такого висновку. Захист суверенітету і терито-

ріальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу. Попри важливість цього конституційного положення сьогодні дещо дискусійною вважаємо позицію М. В. Савчина, яка полягає у тому, що саме з нього випливає право народу України на опір недемократичному правлінню, яке у подальших працях вчений уточнює як право на самозахист [4, с. 189; 5, с. 26, 36]. Наполягаємо на тому, що першоосновою такого права є його природне походження, а конституційне його закріплення – вторинне.

Щодо ст. 43-1 КК України науковці виокремлюють такі умови правомірності до захисту: захист може здійснюватися будь-якими особами, для яких це може бути як правом, так і обов'язком: реалізується у формі діяння (дія або бездіяльність); вчиняється в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії РФ або агресії іншої країни; заподіює шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію або шкоду правоохоронюваним інтересам; відсутні ознаки катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України тощо [6, с. 320].

До спільних рис аналізованої норми і необхідної оборони у КК України слід віднести, насамперед такі: обсяг права («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» (ч. 2 ст. 43-1), «кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади» (ч. 2 ст. 36); межі захисту («не вважається виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Росій-

ської Федерації або агресії іншої країни, яке явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування...» (ч. 2 ст. 43-1); «перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту (ч. 3 ст. 36) тощо.

У цьому контексті зауважимо, що методика структуризації тексту кримінального закону не може бути довільною, а повинна ґрунтуватися на певних правилах нормотворчої техніки. Одне з таких правил полягає у тому, щоб розміщувати нову статтю Загальної чи Особливої частини КК не довільно, а максимально наближено до тієї статті, яка найбільш наближена до неї за змістом [7, с. 94]. Новій статті мають бути надані номер попередньої статті і додатковий цифровий індекс – 1, 2, 3 і т. д. [8, с. 36] Зважаючи на ці положення та враховуючи те, що у КК України новела у ст. 43-1 максимально наближена до ст. 36, пропонуємо розташувати нову статтю після «Необхідної оборони» під номером 36-1.

Аналізованій новелі КК України властиві також специфічні ознаки, відмінні від необхідної оборони. По-перше, право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної України – це не лише право, але й обов'язок для певних категорій громадян (очевидна суперечність між назвою статті 43-1 та її змістом. Назва статті свідчить, що йдеться про таку нову обставину як «виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України». Тоді як у частині першій ст. 43-1 взагалі не згадується термін «обов'язок», а у другій – йдеться про «право» на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Для вирішення питання про суть ст. 43-1 КК України – право чи обов'язок, слід схвалити пропозицію вітчизняних науковців про те, що назву цієї статті викласти в такій редакції: «Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» [9, с. 324]. По-друге, у ст. 43-1 йдеться про діяння у формі як дії, так і бездіяльності. По-третє, діяння вчиняється в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. По-третє, метою

вчиненого діяння є відсіч та стримування збройної агресії РФ або агресії іншої країни. Очевидно, що виокремлення у ст. 43-1 КК України РФ як країни-агресора обґрунтовано прийняттям статті в умовах триваючої військової агресії Росії проти нашої держави. Однак переважно у КК України норми запроваджуються не просто як реакція на поточну ситуацію, а на перспективу. Адже у ст. 1 серед завдань Кримінального кодексу України зазначено забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання кримінальним правопорушенням. Тому виникає питання про доречність виокремлення серед майже двох сотень країн однієї, нехай і безпосереднього агресора. Війна з РФ закінчиться рано чи пізно. Існує велика ймовірність, що на мапі світу з'явиться нова держава – союзна держава РФ і Республіки Білорусь, яка безперечно буде

недружньою до України та може мати іншу назву. Тому слід виключити згадку про РФ із цієї новели. Цілком достатньо поняття «агресія іншої країни». Агресія – (лат. *aggressio* – напад) – застосування збройної сили однією державою (групою держав) проти суверенітету, територіальної цілісності, політичної незалежності іншої держави або народу (нації) [10, с. 14].

Розвиваючи запропоноване нами раніше розуміння права на необхідну оборону в контексті його природного походження [11, с. 262], такий її специфічний прояв (вид) як «захист Вітчизни» пропонуємо визначати як вольове і свідоме діяння людини, що детерміновано необхідністю відсічі та стримування збройної агресії будь-якої країни, іншими соціально-позитивними мотивами і цілями, а також природними (інстинктивними) реакціями людини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Андрусак Г.М. Необхідна оборона при посяганні на статеву свободу та статеву недоторканість особи : дис. канд. юрид. наук. Київ, 2015. 224 с.
2. Кваша О.О. Реалізація права особи на самооборону в контексті захисту основ національної безпеки України. *Історико-правовий часопис*. Луцьк : Східноєвроп. нац. ун-т ім. Лесі Українки, 2017. № 1 (9). С. 104–109.
3. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / [за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна]. – [5-е вид., доп.]. Харків : Право, 2013. Т. 1: Загальна частина / [Баулін Ю. В., Борисов В. І., Тютюгін В. І. та ін.]. 2013. 376 с.
4. Кампо В.М., Савчин М.В. Конституційна держава і конституційна реформа в Україні. Конституція і народний суверенітет в Україні: проблеми теорії і практики реалізації. Збірка наукових праць. Київ, 2008. С. 150–198.
5. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: теорія і практика реалізації. Автореферат дис... д-ра юрид. наук. Київ, 2013. 47 с.
6. Кузнецов В.В., Сийплові М.В. Кримінально-правова характеристика виконання обов'язку щодо захисту вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 4. С. 320–325.
7. Загиней З.А. Кримінально-правова герменевтика: монограф. Київ: Видав. дім «АртЕк», 2015. 380 с.
8. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / В.І. Борисов, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2015. 528 с.
9. Кузнецов В.В., Сийплові М.В. Кримінально-правова характеристика виконання обов'язку щодо захисту вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 4. С. 320–325.
10. Великий енциклопедичний юридичний словник / [за ред. Ю. С. Шемшученка]. [2-е вид., перероб. і доп.]. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2012. 1020 с.
11. Андрусак Г.М. Ідея природного права в обґрунтуванні права на необхідну оборону. *Часопис Київського університету права*. Київ, 2015. № 4. С. 259–262.

REFERENCES:

1. Andrusyak H. M. (2015). Neobkhidna oborona pry posiahanni na statevu svobodu ta statevu nedotorkanist osoby [*Defense is necessary in the event of encroachment on the sexual freedom and sexual integrity of a person*]: dys. kand. yuryd. nauk. Kyiv. 224. [in Ukrainian].
2. Kvasha O.O. (2017). Realizatsiia prava osoby na samooboronu v konteksti zakhystu osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy. [*Implementation of the individual's right to self-defense in the context of protecting the foundations of Ukraine's national security. Historical and legal journal*]. *Istoryko-pravovyi chasopys. Lutsk : Skhidnoievrop. nats. un-t im. Lesi Ukrainky, – History and Law Journal: scientific journal. Lutsk: Lesya Ukrainka Volyn National University. 1 (9). 104–109. [in Ukrainian].*
3. Tatsiia V. Ya., Pshonky V. P., Borysova V. I., Tiutiuhina V. I. (2013). Kryminalnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar [*Criminal codex of Ukraine. Scientific and practical commentary*]: u 2 t. – [5-e vyd., dop.]. Kharkiv : Pravo, 2013. T. 1: Zahalna chastyna / [Baulin Yu. V., Borysov V. I., Tiutiuhin V. I. ta in.]. 376. [in Ukrainian].
4. Kampo V.M., Savchyn M.V. (2008). Konstytutsiina derzhava i konstytutsiina reforma v Ukrainy. Konstytutsiia i narodnyi suverenitet v Ukraini: problemy teorii i praktyky realizatsii. Zbirka naukovykh prats. [*Constitutional state and constitutional reform in Ukraine. Constitution and people's sovereignty in Ukraine: problems of theory and practice of implementation. Collection of scientific papers.*] Kyiv. 150–198. [in Ukrainian].
5. Savchyn M.V. (2013) Konstytutsionalizm i pryroda konstytutsii: teoriia i praktyka realizatsii. [*Constitutionalism and the nature of the constitution: theory and practice of implementation*]. Avtoreferat dys... d-ra yuryd. nauk. Kyiv, 47. [in Ukrainian].
6. Kuznetsov V.V., Syiploki M.V. (2022). Kryminalno-pravova kharakterystyka vykonання обов'язку shchodo zakhystu vitchyzny, nezalezhnosti ta terytorialnoi tsilisnosti Ukrainy. [*Criminal law characteristics of fulfilling the duty to protect the homeland, independence and territorial integrity of Ukraine*]. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal. – Legal scientific electronic journal. 4. 320-325. [in Ukrainian].*
7. Zahynei Z.A. (2015) Kryminalno-pravova hermenevtyka [*Criminal legal hermeneutics*]: monohraf. Kyiv: Vydav. dim "ArtEk", 380. [in Ukrainian].
8. Borysov V.I., Tatsii V.Ia., Tiutiuhin V.I. ta in.. (2015). Kryminalne pravo Ukrainy: Zahalna chastyna [*Criminal law of Ukraine: General part*]: pidruchnyk 5-te vyd., pererobl. i dopov. Kharkiv: Pravo. 528. [in Ukrainian].
9. Kuznetsov V.V., Syiploki M.V. (2022). Kryminalno-pravova kharakterystyka vykonання обов'язку shchodo zakhystu vitchyzny, nezalezhnosti ta terytorialnoi tsilisnosti Ukrainy [*Criminal law characteristics of fulfilling the duty to protect the homeland, independence and territorial integrity of Ukraine*]. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal. – Legal scientific electronic journal. 4. 320–325. [in Ukrainian].*
10. Shemshuchenka Yu. S. (2012). Velykyi entsyklopedychnyi yurydychnyi slovnyk [*A large encyclopedic legal dictionary*] [2-e vyd., pererob. i dop.]. Kyiv: TOV «Vydavnytstvo "Iurydychna dumka"» 1020. [in Ukrainian].
11. Andrusyak H.M. (2015). Ideia pryrodnoho prava v obgruntuvanni prava na neobkhidnu oboronu. [*The idea of natural law in the justification of the right to necessary defense*] *Chasopys Kyivskoho universytetu prava. – Law Review of Kyiv University of Law Kyiv. 4. 259–262. [in Ukrainian].*