

УДК 344.1

<https://doi.org/10.34142/23121661.2023.37.05>

orcid. org / 0000-0003-1173-7975

© Шинкарьов Ю.В., 2023

orcid. org / 0000-0002-8703-7003

© Корабель М.Г., 2023

Ю.В. Шинкарьов, М.Г. Корабель**ЩОДО ПРОБЛЕМАТИКИ БОЙОВОГО
ІМУНІТЕТУ В СУЧАСНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ****Yu. Shynkarov, M. Korabel****ON THE ISSUE OF COMBAT IMMUNITY IN
THE MODERN LAW OF UKRAINE**

Анотація. Стаття присвячена правовому аналізу бойового імунітету як складного явища, пов'язаного із веденням бойових дій. Констатується, що бойовий імунітет є відомим для більшості країн, військові формування яких брали участь у бойових діях або знаходилися в бойовій обстановці чи збройних конфліктах протягом останнього часового періоду. Визначається, що відправною точкою для закріплення бойового імунітету в нашій державі став факт відкритої збройної агресії московії проти України. У цих обставинах належне несення або проходження військової служби є одним із способів забезпечення боєздатності держави, а отже, і національної безпеки. Акцентовується увага на тому, що оскільки діяльність військовослужбовців та інших осіб здійснюється в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямована на відсіч та стримування збройної агресії російської федерації або агресії іншої країни – вона не може вважатися суспільно небезпечною чи кримінально протиправною, а навпаки – є суспільно корисною та такою, що схвалюється українським суспільством, на відміну від, скажімо, недбалого ставлення до військової служби, що належить до військових кримінальних правопорушень.

На ґрунті аналізу норм чинного законодавства робиться висновок про дуальність правового підходу до правового регулювання бойового імунітету в Україні. Це пов'язується із тим, що бойовий імунітет водночас фігурує в декількох нормативно-правових актах: Законі «Про оборону України» й у положеннях статті 43-1 Кримінального кодексу України «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України». При чому в зазначених правових актах спостерігається серйозна розбіжність у правовому підході до регулювання бойового імунітету. Як вважається, це не може позитивно впливати як на теоретико-правове розуміння цього явища, так і на його якісну практичну правозастосовну реалізацію. Констатується, що у зв'язку з тим, що правове регулювання бойового імунітету має ознаки новели сучасного законодавства, теоретичний його аналіз здійснювався на неналежному рівні, а тому, навіть розуміння його правової природи є різним. Окрім того, фактично є різним розуміння бойового імунітету в Україні та інших країнах світу. Достатньо незрозумілим є і співвідношення військового імунітету із

такими поняттями, як діяння в умовах виправданого ризику й крайньої необхідності. Наголошується на необхідності узгодження положень чинного законодавства щодо регулювання одного правового явища. Робляться висновки щодо можливого покращення чинного законодавства в цьому напрямі. Констатується, що бойовий імунітет має перспективи щодо власного правового удосконалення та практичного застосування в Україні.

Ключові слова: об'єкт кримінального правопорушення, об'єктивна сторона, звільнення від кримінальної відповідальності, військові кримінальні правопорушення, військова служба, кримінальна відповідальність, воєнний стан, бойова обстановка, підстави, що виключають кримінальну протиправність діяння, бойовий імунітет, безпека, недбале ставлення.

Annotation. The article is devoted to the legal analysis of combat immunity as a complex phenomenon associated with the conduct of hostilities. It is stated that combat immunity is known to most countries whose military formations have participated in hostilities or armed conflicts during the last time period. It is determined that the starting point for the consolidation of combat immunity in our country was the fact of open armed aggression of Moscovia against Ukraine. In these circumstances, the proper carrying out or passing of military service is one way of ensuring the combat capability of the state and therefore national security. The attention is emphasized that since the activities of servicemen and other persons are carried out in the conditions of martial law or during the armed conflict and aimed at repeling and deterring the armed aggression of the Russian Federation or the aggression of another country - it cannot be considered socially dangerous or criminally unlawful, but on the contrary. It is socially useful and approved by Ukrainian society as opposed to, say, a negligent attitude towards military service, which belongs to military criminal offenses. Based on the analysis of current legislation, the author concludes that there is a duality of legal approach to the legal regulation of combat immunity in Ukraine. This is due to the fact that combat immunity simultaneously appears in several legal acts: The Law "On Defense of Ukraine" and the provisions of Article 43-1 of the Criminal Code of Ukraine "Fulfillment of the duty to protect the Motherland, independence and territorial integrity of Ukraine". Moreover, in these legal acts there is a serious discrepancy in the legal approach to the regulation of combat immunity. It is believed that this cannot positively affect both the theoretical and legal understanding of this phenomenon and its qualitative practical law enforcement implementation. It is stated that due to the fact that the legal regulation of combat immunity has the features of a novelty of modern legislation, its theoretical analysis was carried out at an inadequate level, and therefore, even the understanding of its legal nature is different. In addition, the understanding of combat immunity in Ukraine and other countries of the world is actually different. The correlation of military immunity with such concepts as actions under conditions of justified risk and extreme necessity is also quite unclear. The need to harmonize the provisions of current legislation on the regulation of one legal phenomenon is emphasized. Conclusions are made on possible improvement of the current legislation in this direction. It is stated that combat immunity has prospects for its own legal improvement and practical application in Ukraine.

Key words: the object of a criminal offense, objective side, exemption from criminal liability, military criminal offenses, military service, criminal liability, martial law, combat situation, grounds excluding criminal unlawfulness of an act, combat immunity, security, negligent treatment

Постановка проблеми. Україна з самого початку утвердження власного суверенітету та незалежності самоідентифікувала себе як країна демократична, гуманістична та не схильна до жодних агресивних дій відносно до інших держав тим більш із застосуванням зброї. І, оскільки в новітні часи Україна не брала участі в жодному збройному конфлікті із застосуванням збройних сил України та інших воєнізованих підрозділів, питання про правове регулювання бойового імунітету не видавалося актуальним та таким, що вимагає першочергової правової регламентації. Але, з початку московитської агресії проти України, наша держава вимушена була залучити контингент Збройних Сил України та своїх громадян до спротиву дикунській поведінці країни-агресора. Будь-яка війна чи збройний конфлікт має своїм наслідком заподіяння різноманітної шкоди як ворогу, так і певним інтересам, які мають зовнішню подібність до правоохоронюваних. Оскільки діяльність військовослужбовців та інших осіб здійснюється в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямована на відсіч та стримування збройної агресії російської федерації або агресії іншої країни – вона не може вважатися суспільно небезпечною чи кримінально протиправною, а навпаки – є суспільно корисною та такою, що схвалюється українським суспільством, на відміну від, скажімо, недбалого ставлення до військової служби, що належить до військових кримінальних правопорушень. Варто погодитись із М. С. Журавльовим, що «боездатність та боеготовність забезпечуються належним порядком несення або проходження військової служби. Лише за цих умов Збройні Сили України здатні виконати своє державне призначення. Від стану законності та воєнного правопорядку у Збройних Силах та інших військових формуваннях, що створені та діють відповідно до законодавства України, залежить ефективність виконання покладених на них державних завдань, важливість яких, в умовах сьогодення, важко переоцінити» [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на важливість нормативної регламентації бойового імунітету, з огляду на те, що положення, які його визначають, є новелою, на сторінках сучасних наукових робіт він є майже не дослідженим. Можна виділити тільки окремі дослідження М.О. Акімова [2], та А.О. Бегунца [3], що були присвячені дослідженню вказаного питання. «Будь-яке законодавство, в тому числі і кримінальне є явищем рухливим, таким що здатне видозмінюватися і своєчасно реагувати на еволюцію суспільних відносин. І якщо швидкість такої реакції залежить від працездатності нормотворця, то якість змін у законодавстві залежить багато в чому від наукового потенціалу країни й здатності забезпечити чітке та результативне нормотворення» [4, с. 24]. Тому зазначене питання потребує самостійного дослідження.

Мета статті. У статті пропонується до розгляду широкої наукової спільноти теоретико-правове виділення ознак бойового імунітету та їх обґрунтування.

Виклад основного матеріалу. Після початку повномасштабного вторгнення московитської орди в Україну до чинного Кримінального кодексу України було внесено низку змін, пов'язаних із правовим регулюванням бойового імунітету в Україні. Так, фактичним закріпленням бойового імунітету стала поява статті 43-1 КК України «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» [5].

У вказаній правовій нормі визначається, що «Не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), учинене 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» [5].

Також факт наявності бойового імунітету визнається положеннями Закону України «Про оборону України» [6], де у понятійний обіг безпосередньо вводиться поняття «бойового імунітету». Вкотре, важливо наголосити на важливості правильного розуміння та використання кримінально-правового понятійного апарату [4, с. 26].

Так, норми зазначеного нормативно-правового акту визначають, що бойовий імунітет – «це звільнення військового командування, військово-службовців, добровольців Сил територіальної оборони Збройних Сил України, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України, осіб, Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України», від відповідальності, у тому числі кримінальної, за втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідки застосування збройної та іншої сили під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння), 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» [6, ст.1].

Перш ніж перейти до детального аналізу бойового імунітету, слід зазначити, що «бойовий імунітет» як правове явище характерне не тільки законодавству України. «Поняття «бойовий імунітет (combat immunity)» існує в багатьох інших країнах світу, військовослужбовці яких так чи так брали участь у бойових діях за останній проміжок часу. Так, про нього йде мова в законодавстві США, Канади, Ізраїлю, Франції [3, с. 18].

Так, у США діє так зване «Правило Рендуліча». Це правило регулює відповідальність командирів за допущену помилку під час бойових дій. Згідно з цим правилом – поведінка військовослужбовця може бути помилковою, але не злочинною. Таке рішення ухвалюється з огляду на умови та необхідність прийняття певних рішень чи вчинення певних дій. Згідно з загальноприйнятою практикою дії командирів потрібно оцінювати винятково на підставі інформації, наявної на момент ухвалення того чи того рішення. «Сенат США визначив, що будь-які рішення командирів, військовослужбовців або інших осіб, відповідальних за планування, дозвіл та здійснення воєнних операцій (бойових дій), мають розглядатись судом з урахуванням інформації, що могла бути обґрунтовано доступною особі на момент планування, санкціонування та здійснення воєнних операцій. Судом не повинна враховуватись інформація, що стала відомою та доступною після проведення операції» [3].

Тепер перейдемо, власне, до аналізу бойового імунітету, який урегульований нормами українського законодавства.

Наявність у особи бойового імунітету, згідно з законом «Про оборону України» обумовлює звільнення її від кримінальної відповідальності. Але на думку окремих вчених, бойовий імунітет більш доцільно розглядати як непрятеягнення до відповідальності взагалі, тобто обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння [2, с. 16] й на підтримку цього висуваються достатньо акцентовані аргументи. До того ж, стаття яка, як вважається, регулює питання бойового імунітету в Кримінальному кодексі України, належать до обставин, що виокремлюють кримінальну протиправність діяння.

Але в в цьому разі складається парадоксальна ситуація – підставу звільнення від кримінальної відповідальності легалізує законодавчий акт, який безпосередньо не є актом кримінально-правового характеру. Чинний Кримінальний кодекс України (далі КК України) в розділі IX Загальної частини не передбачає такої підстави звільнення від кримінальної відповідальності, що, безумовно, вносить певну неузгодженість в упорядкування сучасних правових норм. Вважається, що якщо бойовий імунітет є підставою для виключення кримінальної відповідальності – то він обов'язково повинен бути передбачений нормами чинного КК України. У будь-якому разі – законодавець повинен визначитися із правовою природою досліджуваного явища, щоб правильно розмістити його в структурі чинного Кримінального кодексу України.

Щодо ознак бойового імунітету, то їх можна виділити декілька.

Особлива умова для звільнення від відповідальності – час, коли бойовий імунітет виникає й протягом якого часу він може бути наявним – винятково під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України – саме таке визначення нам надає Закон «Про оборону України». Кримінальний же кодекс, який у цьому разі є спеціальним правовим актом, час, коли особа може наділятися бойовим імунітетом визначає по-іншому – період збройного конфлікту. Як бачимо – два нормативно-правові акти темпоральні властивості бойового імунітету визначають по-різному. Кримінальний Кодекс, окрім часу, конкретизує прямо ще й умову – діяння, при вчиненні якого особа може наділятися імунітетом, може бути вчинене в умовах воєнного стану (який може визнаватися певним темпоральним, оскільки діє протягом певного часу). Як бачимо – спостерігається абсолютно дуально-неконкретизований підхід до визначення моменту, коли може тривати бойовий імунітет. Така ситуація не сприятиме стабільності права та нормальній правозастосовній діяльності. Тож, час, коли може тривати бойовий імунітет, треба визначити так, щоб він був чітким і не допускав подвійних тлумачень.

Окрім умови виникнення бойового імунітету, є й те, що породжує питання про його наявність. Говорити про наявність або відсутність бойового імунітету згідно з Законом «Про оборону України» можна лише за настання: втрат особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідків застосування збройної та іншої сили.

І знов-таки – чинний КК України наголошує, що не є кримінальним правопорушенням діяння, яке «заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам...». Як бачимо – у положеннях ст. 43-1 КК України застосовується більш широке поняття, яке може охоплювати значне коло суспільних відносин, яким може бути заподіяна шкода під час вчинення діяння в умовах бойового імунітету. Але, все ж таки, слід констатувати, що Законом «Про оборону України» і чинним КК України наслідки діянь, що вчиняються в стані бойового імунітету визначаються по-різному. Що теж, як вважається, не сприяє якості нормативно-правового регулювання.

Щодо суб'єктного складу осіб, на кого може розповсюджуватися бойовий імунітет, то він може застосовуватися до: військового командування; військово-службовців; добровольців Сил територіальної оборони Збройних Сил України; працівників правоохоронних органів, які беруть участь в обороні України; цивільних осіб, які беруть участь у відсічі та стримуванні збройної агресії. З огляду на запропоновану законодавцем дефініції, можна зрозуміти, що бойовий імунітет властивий декільком (принаймні двом) групам осіб. До першої з них належить: військове командування, військовослужбовці, добровольці Сил

територіальної оборони Збройних Сил України, працівники правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України. До другої належать особи, визначені Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» [7, с. 118]. Кримінальний же кодекс взагалі не окреслює суб'єктного складу осіб, які можуть діяти в умовах бойового імунітету (в КК України визначається, що кожна особа має право на захист незалежності та територіальної цілісності України) – тобто виходить, що в такому стані можуть заходитися взагалі будь-які особи. У такому разі переліковий підхід, запропонований Законом «Про оборону України», взагалі втрачає будь-який практичний сенс, хоча щодо означеного питання з огляду на тлумачення положень ст. 43-1 КК України – можуть робитися й інші висновки – про те, що положення КК теоретично – навпаки знижують коло суб'єктів, які можуть діяти в умовах бойового імунітету. Це пов'язується із тим, що в положеннях зазначеної статті мова йде про захист Вітчизни, а це можуть здійснювати виключно громадяни України.

Умовою надання бойового імунітету є те, що наслідки, які настали з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити при плануванні та виконанні таких дій (завдань). У цьому разі спостерігаємо опосередкований вплив міжнародного досвіду – правила Рендуліча, про яке вже загадувалося вище. Але Кримінальний кодекс України взагалі нічого не загадує про розумну обачність. Хоча саме на цьому й повинна базуватися ідея бойового імунітету. З іншого боку – в Кримінальному кодексі є обставини, що виокремлюють кримінальну протиправність діяння – і серед них існує діяння пов'язане з ризиком. Не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети. Саме це певним чином додатково наголошує на не чіткій визначеності правової природи бойового імунітету.

Висновки. Отже, у результаті проведеного дослідження слід зауважити, що питання правового регулювання бойового імунітету зрушилося з невирішеного, оскільки знайшло своє місце в системі чинного законодавства. Це передусім зумовило науковий інтерес до цього правового явища й появу певної кількості робіт, присвячених порушеній проблемі.

Але, незважаючи на це, можна дійти висновку про неідеальність нормативного врегулювання проблеми бойового імунітету в Україні. Це пов'язується із відсутністю єдиного нормативного підходу до регламентації цього правового явища, нецілісним розумінням його правової природи та ознак. Першим кроком на цьому шляху є чітке усвідомлення правової природи явища й узаємоузгодження норм закону «Про оборону України» та положень чинного Кримінального кодексу України.

Література

1. Журавльов М. С. Правове регулювання кримінальної відповідальності за військові кримінальні правопорушення: історико-правовий аспект: Збірник наукових праць ХНПУ імені Г. С. Сковороди: «Право». 2022. № 35. С.47–52; 2. Акімов М.О. Деякі проблеми кримінально-правової регламентації бойового імунітету та шляхи їх розв'язання. *Проблеми кваліфікації та розслідування кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану: матеріали наук.-теорет. конф. (Київ, 26 трав. 2022 р.)* / [редкол.: С. Д. Гусарєв, С. С. Чернявський, А. А. Вознюк та ін.]. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С.15–19; 3. Бегунц А.О. Кримінально-правова характеристика цивільного бойового імунітету. Науковий вісник ужгородського національного університету. Серія право. Вип. 72. С.2. Ужгород. 2022. С. 116–120; 4. Шинкарьов Ю.В., Коваленко О.О. Правова характеристика поняття «глорифікація» як форми об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 436-2 Кримінального кодексу України. Збірник наукових праць Харківського національного університету ім. Г.С.Сковороди: «Право». Х. 2022. Вип. 36. С. 23–30; 5. Кримінальний кодекс України. Закон України від 05.04.2001. № 2341-III URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>; 6. Про оборону України. Закон України від 06.12.1991 № 1932-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text>; 7. Бойовий імунітет. Огляд змін до законодавства. URL: https://jurliga.ligazakon.net/news/210201_boyoviy-muntet-oglyad-zmn-do-zakonodavstva.